



JURIDISKA FAKULTETEN

VID LUNDS UNIVERSITET

Alexandra Treschow

Upphovsrätt i ABK 09 vid offentlig upphandling

En proportionalitetsbedömning av kontraktsvillkor
som innebär avsteg från immaterialrättsskrivningen i

ABK 09 vid offentlig upphandling

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Ana Nordberg

Termin: VT 2023

Innehåll

SUMMARY	4
SAMMANFATTNING	5
FÖRORD	6
FÖRKORTNINGAR	7
1. INLEDNING	9
1.1 Bakgrund	9
1.2 Syfte och frågeställningar.....	11
1.3 Metod och material.....	12
1.4 Avgränsningar.....	13
1.5 Tidigare forskning	14
1.6 Disposition	15
2. DET UPPHOVSRÄTTSLIGA PERSPEKTIVET	17
2.1 Inledning.....	17
2.2 Upphovsrättslig lagstiftning	18
2.2.1 Svensk lagstiftning	18
2.2.2 EU-rättslig lagstiftning.....	21
3. DET UPPHANDLINGSRÄTTSLIGA PERSPEKTIVET	23
3.1 Inledning.....	23
3.2 Upphandlingsrättslig lagstiftning	23
3.2.1 Svensk lagstiftning	23
3.2.2 EU-rättslig lagstiftning.....	25
3.3 De grundläggande principerna för offentlig upphandling.....	27
3.4 Mer om proportionalitetsprincipen.....	29
3.5 Innovationsvänlig upphandling	32
4. UPPHOVSRÄTTSLIGA FÖRVÄRV VID OFFENTLIG UPPHANDLING	34
4.1 Inledning.....	34
4.2 Risker med omfattande upphovsrättsliga förvärv vid offentlig upphandling.....	34
4.3 Bakomliggande orsaker till omfattande upphovsrättsliga förvärv vid offentlig upphandling	35
4.4 Förslag på åtgärder för att undvika nämnda risker.....	36
5. ABK 09 SOM FRAMFÖRHANDLAT STANDARDAVTAL.....	38
5.1 Inledning.....	38
5.2 Reglering av upphovsrätten i ABK 09	38
5.3 Avvikelser från den upphovsrättsliga regleringen i ABK 09.....	40

6. ANALYS.....	45
7. AVSLUTANDE REFLEKTIONER.....	51
KÄLLFÖRTECKNING.....	54
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING.....	59

Summary

This thesis examines the relationship between the principle of proportionality in The Public Procurement Act and contract terms that deviate from the intellectual property provision in the General Conditions of Contract for Consulting Agreements for Architectural and Engineering Assignments for the Year 2009. The thesis intends to study deviations that lead to the requirement of a transfer of an exclusive copyright or an exclusive copyright ownership. Recent trends show more and more contracting authorities require exclusive rights to the results of the execution of the procurement contract. Therefore it is highly relevant to conduct a discussion about the legal correctness of these deviations, as well as what consequences they might bring. To this end, the various legislations of relevance will be examined, where focus is on the underlying balance of interests and motives. The examination of the principle of proportionality in The Public Procurement Act focuses on its purpose, formulation and application. The thesis contains a discussion on various problems that generally arise in these types of extensive copyright acquisitions in public procurement. The discussion is based on a societal innovation perspective. In relation to the previous content of the thesis, the analysis aims to present a discussion regarding the principle of proportionality and its compatibility with the deviations from the General Conditions of Contract for Consulting Agreements for Architectural and Engineering Assignments for the Year 2009.

Sammanfattning

I detta arbete undersöks förhållandet mellan proportionalitetsprincipen i Lag (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) och kontraktsvillkor som gör avsteg från immaterialrättsskrivningen i Allmänna bestämmelser för konsultuppdrag inom arkitekt- och ingenjörsvetksamhet (ABK 09). Arbetet avser behandla de avsteg som leder till ett upphovsrättsligt förvärv av en ensamrätt eller exklusiv äganderätt. Nuvarande trender visar på att allt fler upphandlande myndigheter gör avsteg från ABK 09 och kräver ensamrätt eller exklusiv äganderätt till uppdragsresultatet vid offentlig upphandling. Därmed är det högst aktuellt att föra en diskussion kring den juridiska korrektheten hos dessa avsteg, samt vilka konsekvenser de riskerar att medföra. I detta syfte ska de olika lagstiftningarna av relevans undersökas, med fokus på bakomliggande intresseavvägningar och syften. Proportionalitetsprincipen i LOU behandlas, med fokus på dess syfte, utformning och tillämpning. I anslutning till detta innehåller arbetet en diskussion kring de olika problem som generellt riskerar uppstå vid den här typen av omfattande upphovsrättsliga förvärv vid offentliga upphandlingar. Diskussionen baseras på ett samhälleligt innovationsperspektiv. Mot bakgrund av arbetets tidigare innehåll syftar analysen presentera en diskussion kring proportionalitetsprincipen förenlighet med avstegen från ABK 09.

Förord

Att det var offentlig upphandling jag ville ägna mitt examensarbete stod klart tidigt, då det är detta jag ägnat mina senaste somrar åt. Utöver intresset för offentlig upphandling fastnade jag tidigt för upphovsrätt. Det blev därmed bestämt att det var en kombination av dessa ämnen jag ville skriva om. Det är med blandade känslor jag nu skriver förorden i mitt sista arbete som student på juristprogrammet vid Lunds universitet. Dessa känslor består å ena sidan av glädje och stolthet, å andra sidan nostalgi och en förundran över var tiden tog vägen. Jag ser fram emot att se var framtida vägar leder.

Först och främst vill jag framföra ett stort tack till Catharina Piper, som varit min chef på Moll Wendén Advokatbyrå under mina två somrar som sommarnotarie där. Det är tack vare Catharina som mitt intresse för offentlig upphandling tog fart och det var hon som gav mig kontakten som i slutändan ledde till ämnet för arbetet. Jag vill också tacka de jurister jag varit i kontakt med under arbetets gång. Tack för den tid ni har tagit för att svara på mina frågor, som gett mig en ovärderlig inblick, och som i sin tur inspirerat detta arbete.

Jag vill också ägna ett stort tack åt min handledare Ana Nordberg, som i tid och otid under arbetets gång varit tillgänglig för att bolla idéer och inhämta synpunkter. Tack för din hjälp.

Sist, men absolut inte minst, vill jag även tacka min kära mamma! Hon har varit mitt stora stöd under juristprogrammets alla faser och har stöttat mig i både med- och motvind. Tack för att du tålmodigt lyssnat och stöttat inför såväl tuffa tentaperioder som under skrivprocessen av detta arbete.

Lund, 2023-05-24.

Alexandra Treschow

Förkortningar

ABK 09	Allmänna bestämmelser för konsultuppdrag inom arkitekt- och ingenjörsvksamhet
Art	Artikel
BKK	Byggandets kontraktskommitté
Dir.	Direktiv
Ds.	Departementsserien
DSM-direktivet	Direktiv 2019/790 av den 17 april om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden och om ändring av direktiven 96/9/EG och 2001/29/EG
EU	Europeiska Unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
Infosoc-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället
LOU	Lag (2016:1145) om offentlig upphandling
PMD	Patent- och marknadsdomstolen
Prop.	Proposition
RF	Regeringsformen
RÅ	Regeringsrätten
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning

Upphandlingsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk

1. Inledning

1.1 Bakgrund

Offentlig upphandling innebär att en upphandlande myndighet vidtar åtgärder för att genom tilldelning av kontrakt anförskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader.¹ Köpen finansieras med offentliga medel och syftar främst till att tillgodose samhällets behov, här ingår exempelvis köp som avser hälso- och sjukvård.² I Sverige omsätter den offentliga upphandlingen cirka 800 miljarder kronor per år, vilket motsvarar ungefär en femtedel av Sveriges BNP.³ Den offentliga upphandlingen syftar till att nyttja offentliga medel på ett effektivt sätt som nyttjar konkurrensen på marknaden och minskar risken för korruption.⁴

På området finns utöver Lag (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)⁵, också bestämmelser om upphandling i Lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, Lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner och Lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.⁶ Den svenska regleringen för offentlig upphandling grundas på EU-direktiv⁷ och upphandlingsreglerna präglas av ett antal EU-rättsliga grundläggande principer.⁸ Det är upp till den upphandlande myndigheten att i varje enskilt fall se till att upphandlingsdokumenten är i enlighet med de grundläggande principerna.⁹ Dessa principer anges i 4 kap 1 § LOU. Här ingår en proportionalitetsprincip.

Sådant som är upphovsrättsligt skyddat är av särskilt stor samhällsekonomisk betydelse i dagens samhälle, och det är upphovsrätten som gör denna export möjlig.¹⁰ Med tiden blir kunskapsbaserade tillgångar allt viktigare också för olika företag, särskilt då den pågående digitaliseringen innebär att

¹ 1 kap 2 § LOU.

² Lindahl Toftgaard, Eva, *Offentlig upphandling- LOU och upphandlingsprocessen*, upplaga 3:1, Studentlitteratur, 2022 s. 23.

³ *Om offentlig upphandling*, Upphandlingsmyndigheten
Tillgänglig: <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/om-offentlig-upphandling/#ska_varna_om_skattemedlen_och_sakra_sund_konkurrens>, besökt 2023-01-30.

⁴ Andersson, Fredrik, *Konkurrens och offentlig upphandling*, Uppdragsforskningsrapport 2020:2, Konkurrensverket s. 12-13.

⁵ Lag (2016:1145) om offentlig upphandling.

⁶ 1 kap 3 § LOU.

⁷ *LOU i korthet*, Konkurrensverket, tillgänglig <<https://www.konkurrensverket.se/upphandling/lagar-och-regler/lou-i-korthet/>>, besökt 2023-03-11.

⁸ Lindahl Toftgaard (2022) s. 49.

⁹ Prop. 2021/22:5 Ett förenklat upphandlingsregelverk s. 109.

¹⁰ Wainikka, Christina, *För vem behövs upphovsrätten?*, Nordiskt Immateriellt rättskydd, häfte 3, 2008 s. 293 s. 301.

mer kan erhålla bland annat upphovsrättsligt skydd.¹¹ Vilken tillgång som är mest betydelsefull för verksamheten beror på av vilken karaktär verksamheten är.¹² När de olika rättsområdena immaterialrätt och offentlig upphandling ska samexistera riskerar en rad problem uppstå¹³ och i princip samtliga upphandlingar kan aktualisera olika immaterialrättsfrågor.¹⁴ Detta arbete fokuserar emellertid på upphovsrättsliga frågor.

Ett problem som är förekommande i upphandlingar är att beställaren kräver att få äganderätt eller ensamrätt till uppdragsresultatet i fråga.¹⁵ Enligt en undersökning kring skrivningar om immaterialrätt i upphandlingsdokument krävde upphandlande myndigheter i 93,9 procent av fallen att förvärva alla rättigheter.¹⁶ Detta förfarande aktualiserar en avvägning mellan å ena sidan spridandet av kunskap, vilket leder till innovationskraft och utveckling, å andra sidan behovet av att skydda olika delar av uppdragsresultatet från spridning, delar som är väsentliga för företagets egna möjlighet att investera i utveckling. För att gynna teknikutveckling och konkurrenskraftig företagssamhet behövs medvetenhet i behandlingen av de immateriella tillgångarna.¹⁷

I december 2009 beslutade Bygghandens kontraktskommitté (BKK) om nya kontraktbestämmelser som avsågs användas vid konsultuppdrag inom arkitekts- och ingenjörsverksamhet.¹⁸ Dessa resulterade i Allmänna bestämmelser för konsultuppdrag inom arkitekt- och ingenjörsverksamhet (ABK 09) som utgör allmänna bestämmelser för konsultuppdrag inom nämnd verksamhet.¹⁹ ABK 09 är ett så kallat framförhandlat standardavtal som syftar till att tillfredsställa både beställarnas och konsulternas intressen och som grundar sig på att finna balans mellan olika rättigheter och skyldigheter

¹¹ Dahlberg, Helena och Rosenqvist, Henrik, *ABK 09 i praktiken*, Svensk Byggtjänst, 2022 s. 120.

¹² Wainikka, Christina, *Debatt. Krafttag för de kunskapsbaserade tillgångarna!*, Nordiskt Immateriellt rättsskydd, häfte 2, 2018 s. 255 s. 255.

¹³ Hausel Heldahl, Ellen och Wainikka, Christina, *Immaterialrätt i offentlig upphandling: Teori och praktik*, Norstedts Juridik, 2022 s. 34.

¹⁴ Hausel Heldahl och Wainikka (2022) s. 26.

¹⁵ *Handledning för konsulter på den offentliga marknaden*, Innovationsföretagen, Almega. Tillgänglig: <<https://www.almega.se/app/uploads/sites/6/2020/09/handledning-for-konsulter-pa-den-offentliga-marknaden.pdf>>, besökt 2023-02-16 s. 28.

¹⁶ Hausel Heldahl och Wainikka (2022) s. 239.

¹⁷ *Handledning för konsulter på den offentliga marknaden*, Innovationsföretagen s. 28.

¹⁸ Samuelsson, Bo, *ABK 09 nya Allmänna Bestämmelser för Konsultuppdrag*, AMANytt, häfte 1, 2010, s. 14.

¹⁹ *ABK 09*, Byggherrarna, senast uppdaterad 2021-10-26. Tillgänglig: <<https://www.byggherre.se/avtal-och-juridik/standardavtal/abk-09Ahlander>>, besökt 2023-04-12.

samt mellan olika risker.²⁰ ABK 09 innehåller avtalsvillkor som kan åberopas för samtliga uppdrag inom olika teknikområden. Avtalsvillkoren kan åberopas när som helst under utförandets gång, från och med det första skedet där idén startas, till det avslutande skedet. Utöver detta kan bestämmelserna också användas vid andra typer av konsultuppdrag, här ingår bland annat utredning, projektledning etcetera.²¹

Avtal som följer ABK 09 har blivit ett område där särskilt omfattande rättighetsförvärv äger rum vid offentliga upphandlingar, vilket kräver att beställaren gör avsteg från den ursprungliga immaterialrättsskrivningen i ABK 09. Eventuellt kan dessa avsteg från ABK 09 angripas på ett rättsligt stadiet om de bedöms strida mot principerna i LOU. Här ingår bland annat principen som avser proportionalitet,²² vilket är i fokus för detta arbete.

1.2 Syfte och frågeställningar

Arbetet syftar till att diskutera och analysera förhållandet mellan proportionalitetsprincipen i LOU och kontraktsvillkor som innebär avsteg från immaterialrättsskrivningen i ABK 09 vid offentliga upphandlingar. Fokus ligger på avsteg från ABK 09 som innebär ett upphovsrättsligt förvärv av en ensamrätt eller exklusiv äganderätt till uppdragsresultatet. Arbetet utgår från ett samhällligt innovationsperspektiv, vilket innebär att fokus ligger på vad dessa avsteg har för inverkan på samhället, med särskilt fokus på hur detta i sin tur riskerar påverka innovationsförmågan och skapandet av innovationer i samhället. Arbetet kommer att diskutera olika problem och intresseavvängningar som aktualiseras vid den här typen av avsteg, med fokus på huruvida detta står i strid med hur proportionalitetsprincipen i LOU och EU-rätten ska tolkas och tillämpas.

I syfte att klargöra för rättsläget ska undersökning ske av de olika motiv och intressen som finns och som ställs emot varandra bakom existerande lagstiftning i Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL)²³, LOU och ABK 09. Utöver detta ska proportionalitetsprincipen utformning och tillämpning analyseras.

Arbetet utgår från följande frågeställningar:

- Hur förstås och tillämpas proportionalitetsprincipen i LOU och EU-rätten?

²⁰ *Frågor och svar vid förhandling av avtal- ABK 09*, Innovationsföretagen, Almega. Tillgänglig: <<https://www.innovationsforetagen.se/standardavtal-och-mallar/arkitekter-och-byggtteknikkonsulter/fragor-och-svar-vid-forhandling-av-avtal-abk-09/>>, besökt 2023-02-18.

²¹ *ABK 09*, Byggherrarna, senast uppdaterad 2021-10-26.

²² *Handledning för konsulter på den offentliga marknaden*, Innovationsföretagen s. 6-7.

²³ Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.

- Vilka intressen ställs mot varandra vid avsteg från immaterialrättsskrivningen i ABK 09, som innebär ett förvärv av en upphovsrättslig ensamrätt eller exklusiv äganderätt, vid offentlig upphandling?
- I relation till tidigare frågeställningar, hur förhåller sig avsteg från immaterialrättsskrivningen i ABK 09, som innebär ett förvärv av en upphovsrättslig ensamrätt eller exklusiv äganderätt, till proportionalitetsprincipen i LOU och EU-rätten?

1.3 Metod och material

Arbetet är rättsvetenskapligt och genomförs genom rättsdogmatisk metod. Den rättsdogmatiska metoden innebär att i ett försök att klargöra aktuellt rättsläge ska arbetet innehålla beskrivning, systematisering och analys av rättsliga normer.²⁴ Tolkningen är främst teleologisk, vilket innebär att genom undersökning, av inte minst förarbeten och praxis, görs ett försök att utläsa syftet bakom rättsreglerna.²⁵ Då det saknas rättspraxis på området görs fokus främst med utgångspunkt i relevant lagstiftning, offentligt tryck och litteratur. Mot bakgrund av att arbetet också behandlar EU-rättsligt material, ingår även användandet av EU-rättslig metod. Detta innebär att man tolkar EU-rätten i enlighet med den tolkningsmetod som EU-domstolen tillämpar, som kan beskrivas som en fri och starkt ändamålsinriktad tolkningsmetod.²⁶ Materialet som ligger till grund för arbetet har blivit utvalt baserat på dess relevans i förhållande till frågeställningarna. Här bör nämnas den svenska rättskällevärdet, som innebär att det ingår flera olika rättskällor i gällande rätt. Här ingår lag, praxis, förarbeten samt juridisk doktrin.²⁷ I arbetet används källor som inte ingår i rättskällevärdet och som därmed inte utgör rättskällor. Detta har ansetts nödvändigt mot bakgrund av den brist på forskning som föreligger. Information har bland annat hämtats från olika elektroniska källor, här ingår information från Kammarkollegiet²⁸ och Inno-

²⁴ Olsen, Lena, *Rättsvetenskapliga perspektiv*, SvJT 2004 s. 105 s. 110.

²⁵ Dahlman, Christian, *Rätt och rättfärdigande- en tematisk introduktion i allmän rättslära*, Studentlitteratur, Upplaga 2:4, 2010 s. 32.

²⁶ Hettne, Jörgen, Otken Eriksson, Ida, *EU-rättslig metod: teori och genomslag svensk rättstillämpning*, Norstedts Juridik, Upplaga 2, 2011 s. 36.

²⁷ Croon, Adam, *Sedvanerätten och rättskällevärdet- ett rätthistoriskt perspektiv på frågan om relationen mellan tolkning och tillämpning av normer som härrör ur privat rättsbildning*, SvJT s. 116 s. 116-117.

²⁸ *Att främja nytänkande- vägledning för innovationsvänlig upphandling*, Kammarkollegiet Upphandlingsstödet, 2012:2. Tillgänglig: <<http://mb.cision.com/Public/1534/9329441/b94ee294744e9a22.pdf>>, besökt 2023-04-23.

vationsföretagen.²⁹ Innovationsföretagen utgör en bransch- och arbetsgivarorganisation som företräder innovativa företag inom kunskapsintensiv tjänstesektor.³⁰ Dessa källor har använts bland annat mot bakgrund av att de tar upp hur avstegen från ABK 09 uppfattas av leverantörer, vilket är av stor relevans för arbetet.

Både svenskt och EU-rättsligt offentligt tryck samt ett urval av rättspraxis och litteratur analyseras för att klargöra utformningen, tolkningen och tillämpningen av proportionalitetsprincipen i LOU. Den rättspraxis som använts är från varierande instanser och har valts utifrån sin relevans och syftar till att skapa en bild av proportionalitetsprincipens tillämpning i praktiken. För att belysa de olika intresseavvägningar samt risker som aktualiseras inom rättsläget sker tolkning av gällande rätt, offentligt tryck och litteratur. Materialet har valts ut mot bakgrund av det samhällsliga innovationsperspektivet.

Under arbetets gång har kontakt varit löpande med ett flertal jurister i branschen. Dessa namnges inte i arbetet. Här ingår bland annat kontakt med chefsjurist på bolag som står på konsultsidan vid offentliga upphandlingar enligt ABK 09. Detta har genomförts i syfte att få inblick i erfarenheten och effekten av de avsteg som görs från immaterialrättskrivningar i ABK 09 vid offentliga upphandlingar då beställaren föreskriver en upphovsrättslig ensamrätt eller exklusiv äganderätt. Trots att samtalen med dessa jurister inte kommer att diskuteras i närmare detalj med hänsyn till sekretess, har detta gett mig ökad förståelse för ämnet. Genom kontakten har jag också fått se avtal från verkligheten som innehåller avsteg av relevant typ. Dessa kommer inte heller, på grund av sekretess, anges i exakt återgivning. Dessa avtal har använts för att ge mig en bättre inblick och i sin tur ge ökad trovärdighet åt arbetet. I arbetet presenteras dock tre exempel på sådana skrivningar hämtade från litteratur. Dessa exempel ger, enligt mig, en rättvisande bild av hur dessa skrivningar kan se ut i praktiken.

Avseende arbetets tredje och sista frågeställning genomförs en analys av i arbetet presenterat material för att diskutera förhållandet mellan proportionalitetsprincipen i LOU och relevanta avsteg från ABK 09 vid offentliga upphandlingar.

1.4 Avgränsningar

²⁹ *Frågor och svar vid förhandling av avtal- ABK 09*, Innovationsföretagen, Almega. Tillgänglig: <<https://www.innovationsforetagen.se/standardavtal-och-mallar/arkitekter-och-byggtteknikkonsulter/fragor-och-svar-vid-forhandling-av-avtal-abk-09/>>, besökt 2023-02-18 och *Handledning för konsulter på den offentliga marknaden*, Innovationsföretagen, Almega. Tillgänglig: <<https://www.almega.se/app/uploads/sites/6/2020/09/handledning-for-konsulter-pa-den-offentliga-marknaden.pdf>>, besökt 2023-02-16.

³⁰ *Vi skapar möjligheterna*, Innovationsföretagen, Almega. Tillgänglig: <<https://www.innovationsforetagen.se>>, besökt 2023-04-23.

Arbetet avgränsas till att diskutera upphovsrättsliga förvärv som görs vid offentlig upphandling som använder det framförhandlade standardavtalet ABK 09. Detta innebär att det endast är offentliga upphandlingar som använder regelverket hos ABK 09 som är i fokus för detta arbete. Arbetet diskuterar intresseavvägningar och problem som riskerar uppstå vid upphovsrättsliga förvärv i offentliga upphandlingar. Denna del avser problem som uppstår på samhälls nivå och utgår från ett innovationsperspektiv. De avsteg från immaterialrättsskrivningen i ABK 09 som är föremål för arbetet är sådana som innebär att beställaren förvärvar en upphovsrättslig ensamrätt eller exklusiv äganderätt till uppdragsresultatet. Arbetet avser därmed bara att diskutera upphovsrättsliga förvärv. Den relevanta bestämmelsen i ABK 09 kommer fortsatt att kallas för immaterialrättsskrivningen, men utöver upphovsrätten är övriga immaterialrättsliga förvärv eller överväganden därmed inte av relevans för detta arbete.

Mot bakgrund av arbetets innovationsperspektiv finns ingen avsikt att diskutera samtliga risker som kan komma att aktualiseras, exempelvis problem relaterade till upphovsrättsliga intrång, kränkande ändringar, namngivelse-rätten med mera. Olika aspekter av bland annat upphovsrättsliga intrång tas dock upp mot bakgrund av deras relevans för arbetets samhällsliga innovationsperspektiv, men är inte i fokus för arbetet och kommer därmed inte behandlas i närhet.

I diskussionen om huruvida avstegen från ABK 09 är förenliga med proportionalitetsprincipen i LOU, syftar arbetet inte till i någon annan aspekt diskutera huruvida avvikelserna är förenliga med LOU. Det är endast förhållandet till proportionalitetsprincipen i LOU som är av relevans. Endast proportionalitetsprincipen i LOU och relevant EU-rätt avseende offentlig upphandling diskuteras, övriga lagar avseende offentlig upphandling kommer inte att behandlas. Svensk rätt är i fokus för arbetet, med undantag för EU-rättsliga avgöranden och rättsakter som varit avgörande för utvecklingen av proportionalitetsprincipen i LOU. Arbetet innehåller ingen komparativ del då den svenska rätten är i fokus. Diskussion förs kring avstegens förenlighet med proportionalitetsprincipen i LOU, men arbetet har inte som syfte att komma fram till en konkret lösning kring frågorna som aktualiseras.

1.5 Tidigare forskning

Att det saknas ordentlig forskning på området har inte endast framkommit under mina egna efterforskningar, utan också tydligt framgått av de jurister jag har varit i kontakt med. På området finns dock bland annat den relativt nya boken *Immaterialrätt i offentlig upphandling: Teori och praktik*³¹ av Ellen Hausel Heldahl och Christina Wainikka, som diskuterar många olika aspekter av ämnet. Även Helena Dahlberg och Henrik Rosenqvist behandlar

³¹ Hausel Heldahl, Ellen och Wainikka, Christina, *Immaterialrätt i offentlig upphandling: Teori och praktik*, Norstedts Juridik, 2022.

risker som kan uppkomma vid avsteg från ABK 09 i *ABK 09 i praktiken*.³² Utöver bristen på forskning finns inte heller någon rättspraxis på området.

1.6 Disposition

Kapitel två innehåller ett upphovsrättsligt perspektiv, där diskussion förs kring de olika intresseavvägningar som aktualiseras inom upphovsrätten. Här presenteras också ett urval av både svensk och EU-rättslig upphovsrättslig lagstiftning. Detta syftar att ge läsaren en förståelse för det upphovsrättsliga perspektivet av frågeställningen, samt presenterar ett samhälleligt innovationsperspektiv.

I kapitel tre ligger fokus på det upphandlingsrättsliga perspektivet, och även här presenteras både svensk och EU-rättslig upphandlingslagstiftning av relevans. Nästa del av kapitel tre innehåller de grundläggande principerna för offentlig upphandling och därpå följer en mer ingående presentation av proportionalitetsprincipen. I denna del presenteras, utöver relevant offentligt tryck och litteratur, också ett urval av både svensk och EU-rättslig rättspraxis som behandlar proportionalitetsprincipen. Detta ger läsaren förståelse för hur proportionalitetsprincipen förstås och tillämpas i praktiken. Del 3.4 presenterar och diskuterar begreppet ”innovationsvänlig upphandling”, för att återigen ge läsaren ett innovationsperspektiv i relation till det som tidigare presenterats.

I nästföljande kapitel ligger fokus på upphovsrättsliga förvärv vid offentlig upphandling. Här presenteras först de problem och risker som uppkommer i samband med den här typen av omfattande upphovsrättsliga förvärv. Därpå anges bakomliggande orsaker till dessa avsteg samt förslag på åtgärder för att undkomma dessa risker. Denna del syftar till att ge läsaren en bild av de intresseavvägningar och risker som aktualiseras när beställare vid offentliga upphandlingar vill förvärva upphovsrättslig ensamrätt eller exklusiv äganderätt till uppdragsresultatet. Här ligger återigen fokus på de risker som förekommer på samhällelig nivå.

Kapitel 5 behandlar ABK 09 som framförhandlat standardavtal. Här presenteras de immaterialrättsskrivningar som finns i ABK 09 samt tre exempel på formuleringar av kontraktsvillkor som innebär avsteg från ABK 09. Diskussion förs kring de intresseavvägningar och risker som uppstår vid genomförandet av den här typen av kontraktsvillkor.

Nästföljande kapitel ägnas åt en analys som genomförs baserat på tidigare presenterat material. Denna analys syftar till att föra en diskussion kring

³² Dahlberg, Helena och Rosenqvist, Henrik, *ABK 09 i praktiken*, Svensk Byggtjänst, 2022.

förhållandet mellan proportionalitetsprincipen i LOU och kontraktsvillkor i offentlig upphandling som innebär avsteg från ABK 09 som leder till ett förvärv av en upphovsrättslig ensamrätt eller exklusiv äganderätt till uppdragsresultatet. I kapitel 7 presenteras författarens avslutande reflektioner. Även här diskuteras rättsläget utifrån tidigare presenterat material samt utifrån kontakten med jurister i branschen. Här förs också en mer generell diskussion om rättsläget och behovet av vidare forskning på området.

2. Det upphovsrättsliga perspektivet

2.1 Inledning

Upphovsrätten tillhör skaparen till det litterära eller konstnärliga verket, vilket innebär en exklusiv rätt att förfoga över verket genom framställande av exemplar och genom att göra verket tillgängligt för allmänheten. Utöver detta innebär upphovsrätten också att upphovsmannen har de ideella rättigheterna att bli angiven som upphovsman i förhållande till verket samt rätt att hindra vissa typer av kränkande nyttjande av verket i fråga.³³ Vid upphovsrättsliga frågeställningar uppstår en hel del intresseavvägningar. Å ena sidan bör upphovsrätten utformas på ett sätt som värkar allmänhetens möjlighet att ta del av kultur och information, å andra sidan måste rättighetshavarnas individuella intressen tillgodoses, för att skapa förutsättningar för fortsatt skapande. Här har man alltså en intresseavvägning mellan upphovsmännens egna intressen och omfattande samhällsintressen. I sådana intresseavvägningar är det viktigt att bibehålla en väl avvägd balans mellan olika intressen samt att upphovsrätten inte är mer långtgående än vad som är nödvändigt.³⁴

Upphovsmannen har, genom sin upphovsrätt, rätt att bestämma över användningen av verket.³⁵ Vidare innebär det upphovsrättsliga skyddet en möjlighet för upphovsmannen att fritt vidareutveckla, utan oro för att göra intrång i andras rättigheter.³⁶ Här finns ett bakomliggande intresse av att få ekonomisk ersättning när verket nyttjas. Genom upphovsmannens rätt att bestämma över och dra nytta av sitt verk skapas incitament för konstnärligt och litterärt skapande, vilket är syftet bakom upphovsrätten.³⁷ Upphovsrätten syftar också till att främja investeringar samt att bibehålla en avvägd balans mellan olika intressen.³⁸ Hos upphovsmannen finns ofta ett starkt intresse till spridande av verket, som kan sägas vara i konflikt med intresset av att ha kontroll över verket. Intresset av att sprida och ha kontroll leder till ännu ett intresse, vilket är att få erkännande som upphovsman till verket.³⁹ Avseende kontroll över upphovsrättigheten är avtal avgörande.⁴⁰ Här är främst två typer av avtal aktuella, en typ som avser total överlåtelse och en

³³ Prop. 1996/97:129 Ändringar i upphovsrättslagen s. 7.

³⁴ Ibid s. 6.

³⁵ Dir. 2008:37 Översyn av vissa frågor om upphovsrätt s. 2.

³⁶ Wainikka (2008) s. 298.

³⁷ Dir. 2008:37 Översyn av vissa frågor om upphovsrätt s. 2.

³⁸ Ibid s. 5.

³⁹ Wainikka (2008) s. 298.

⁴⁰ Ibid s. 303.

typ av licens- eller upplåtelseavtal som tillåter begränsat bruk av rättigheten.⁴¹

Det allmänna har också ett flertal intressen i upphovsrättslagstiftningen. Ett av dessa inkluderar intresset av att ha ett stort utbud, men också att upphovsrättslagstiftningen är med och skapar incitament för skapande. I dagens samhälle är det upphovsrättsliga skyddet av omfattande samhällsekonomisk betydelse. Det allmänna har därmed ett intresse av att upphovsrätten inte utformas på ett sätt som gör att ekonomisk tillväxt inskränks, upphovsrätten ska istället vara med och gynna den ekonomiska tillväxten.⁴²

Sist men inte minst är upphovsrätten viktig för vårt demokratiska samhälle, eftersom den har samband med yttrande- och informationsfriheten. Yttrande- och informationsfriheten skyddar individens rätt att uttrycka idéer och åsikter samt motta information, medan upphovsrätten innebär ett skydd för upphovsmannens rätt till sin tolkning av dessa idéer och åsikter. Därmed går yttrande- och informationsfriheten och upphovsrätten hand i hand, men skapar också normkonflikter som kräver avvägningar.⁴³

2.2 Upphovsrättslig lagstiftning

2.2.1 Svensk lagstiftning

Enligt 2 kap 16 § Regeringsformen (1974:152) (RF)⁴⁴ har författare, konstnärer och fotografer rätt till sina verk enligt bestämmelser som anges i lag.⁴⁵ I svensk lagstiftning finns bestämmelser på detta område i Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk⁴⁶ (URL). Grundbestämelsen finns i 1 kap 1 § URL som anger att skaparen av ett litterärt eller konstnärligt verk har upphovsrätt till verket.⁴⁷ Skyddsobjektet är upphovsmannens, den som skapat verket, originella intellektuella skapelse och i det upphovsrättsliga skyddet ingår skydd av såväl ekonomiska som ideella rättigheter.⁴⁸

⁴¹ Maunsbach, Ulf, Wennersten, Ulrika, *Grundläggande immaterialrätt*, Gleerups Utbildning AB, Upplaga 4, 2018 s. 31.

⁴² Wainikka (2008) s. 300- 301.

⁴³ Stenvall, Wilhelm, *Upphovsrätt och yttrande- och informationsfrihet vid nyhetsrapportering*, SvJT, 2021 s. 122 s. 122-123.

⁴⁴ Regeringsformen (1974:152).

⁴⁵ 2 kap 16 § RF.

⁴⁶ Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.

⁴⁷ 1 kap 1 § URL.

⁴⁸ Karnell, Gunnar, *Upphovsrätten som kulturfaktor*, Nordiskt Immateriellt rättsskydd, häfte 4, 2001, s. 654 s. 655.

1 kap 2 § 1 st URL anger att upphovsmannen har en exklusiv rätt, bortsett från de inskränkningar som lagen föreskriver, att förfoga över verket genom att framställa exemplar av verket, göra det tillgängligt för allmänheten, oavsett om detta görs i ursprungligt eller ändrat skick, i översättning eller bearbetning, i annan litteratur- eller konstart eller i annan teknik.⁴⁹ Den ekonomiska rätten i 1 kap 2 § URL består därmed av två delar, rätten att framställa exemplar och rätten att tillgängliggöra verket för allmänheten.⁵⁰ Trots termen ekonomisk rätt är det viktigt att ha i åtanke att även förfoganden som saknar vinstsyfte omfattas av ensamrätten. Upphovsmannen kan ha andra anledningar än att ekonomiska intressen för att motsätta sig utnyttjande av verket och därav finns ideella inslag även hos den ekonomiska rätten. För att någon annan än upphovsmannen ska ha tillstånd att utnyttja verket krävs som utgångspunkt upphovsmannens tillstånd, som regleras i bestämmelserna kring överlåtelse och upplåtelse av upphovsrätten.⁵¹

1 kap 3 § URL innehåller de ideella rättigheterna. 1 kap 3 § 1 st URL anger att i de fall ett verk framställs eller görs tillgängligt för allmänheten, ska upphovsmannen anges i den omfattning och på det sätt som är förenligt med god sed.⁵² 1 kap 3 § 2 st URL innehåller en bestämmelse som skyddar upphovsmannen från att kränkande ändringar görs i verket. Bestämmelsen anger att ett verk inte får ändras på så sätt att upphovsmannens litterära eller konstnärliga anseende eller egenart blir kränkt, och dessutom får verket ej göras tillgängligt för allmänheten i form eller sammanhang som är kränkande för upphovsmannen.⁵³ Liksom den ekonomiska rätten består den ideella rätten av två delar, en rätt att bli namngiven i anslutning till att verket utnyttjas, samt en rätt att hindra viss användning eller tillgängliggörande för allmänheten som är kränkande för upphovsmannens litterära eller konstnärliga anseende eller egenart.⁵⁴ 1 kap 3 § 3 st URL anger att upphovsmannen med bindande verkan endast kan efterge den ideella rätten i en till art och omfattning begränsad användning av verket.⁵⁵

För att lösa olika normkonflikter innehåller upphovsrätten inskränkningar, som kräver en rimlig avvägning mellan relevanta motstående intressen.⁵⁶ Flera lagstadgade inskränkningar i upphovsrätten finns i 2 kap URL, vilka syftar att tillgodose olika allmänna och enskilda intressen.⁵⁷

⁴⁹ 1 kap 2 § 1 st URL.

⁵⁰ Dir. 2008:37 Översyn av vissa frågor om upphovsrätt s. 3.

⁵¹ Olin, Anders, Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, kommentaren till 1 kap 3 §, Lexino, senast genomgången 2023-01-01, besökt 2023-03-15.

⁵² 1 kap 3 § 1 st URL.

⁵³ 1 kap 3 § 2 st URL.

⁵⁴ Dir. 2008:37 Översyn av vissa frågor om upphovsrätt s. 3.

⁵⁵ 1 kap 3 § 3 st URL.

⁵⁶ Stenvall (2021) s. 122-123.

⁵⁷ PMD, mål B 7348-20, dom 2020-10-09 s. 13.

3 kap 27 § 1 st URL innehåller bestämmelse om att upphovsrätt får, bortsett från undantaget i 1 kap 3 § URL, helt eller delvis överlåtas.⁵⁸ Detta innebär att de ideella rättigheterna enligt 1 kap 3 § URL i princip inte kan överlåtas, men att upphovsmannen under särskilda förhållanden kan efterge denna rätt.⁵⁹ Överlåtelse av upphovsrätten kan omfatta samtliga delar av förfoganderätten, men rätten kan också vara begränsad. Att det i lagen anges att upphovsrätten också kan överlåtas delvis innebär att det finns möjligheter att överlåta rättigheter utan att förvärvaren erhåller en exklusiv ensamrätt. Här finns en möjlighet att förvärvaren istället genom exempelvis licensavtal har tillstånd att utnyttja verket. Nyttjandet kan vara begränsat till ett visst syfte eller att det endast får ske under vissa omständigheter.⁶⁰ Rätten kan vara begränsad på ett flertal olika sätt, exempelvis kan rätten innebära att verket endast får återges i ursprunglig form, alternativt genom bearbetning. På motsvarande sätt kan rätten vara begränsad till tid, land, ett visst antal exemplar samt andra villkor.⁶¹ Överlåtelsen kan avse såväl framtida verk som redan existerande.⁶²

En överlåtelse av en förfoganderätt innebär vanligtvis, i linje med vad som anförts, en rätt att i begränsad utsträckning utnyttja verket.⁶³ Efter en överlåtelse av sina ekonomiska rättigheter har upphovsmannen fortsatt de ideella rättigheterna att anges som upphovsman till verket samt att hindra vissa typer av kränkande ändringar.⁶⁴ I enlighet med 3 kap 28 § URL, får den som övertagit upphovsrätten inte ändra verket eller överlåta rätten vidare, om inte annat avtalats. Om rätten ingår i en rörelse får den emellertid överlåtas i samband med överlåtelse av hela eller del av rörelsen. Här är det överlåtaren som är ansvarig för avtalets fullgörande.⁶⁵

Vid överlåtelser som är mycket allmänt formulerade behåller upphovsmannen ofta rätten att utge verket i bearbetad form, ändrad form eller annan konstart. Angående tolkningen av ett överlåtelseavtal gäller att en överlåtelse som avser en rätt att utnyttja verket på ett särskilt sätt, inte ger förvärvaren rätt att utnyttja verket på något annat sätt.⁶⁶ Specialitetsgrundsatsen eller specialitetsprincipen, som är en subjektiv tolkningsprincip inom nordisk upphovsrätt, innebär att det är endast i avtalet uttryckligen angivna utnyttjandeformer som ska anses omfattas av avtalet. Principen innebär vidare att

⁵⁸ 3 kap 27 § 1 st URL.

⁵⁹ SOU 1956:25 Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk s. 275-276.

⁶⁰ Prop. 1996/97:129 Ändringar i upphovsrättslagen s. 10.

⁶¹ SOU 1956:25 Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk s. 275-276.

⁶² Olin, Anders, Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, kommentaren till 3 kap 27 §, Lexino, senast genomgången 2023-01-01, besökt 2023-03-15

⁶³ SOU 1956:25 Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk s. 275.

⁶⁴ Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk art 6 bis.

⁶⁵ 3 kap 28 § URL.

⁶⁶ SOU 1956:25 Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk s. 277.

tolkning ska ske med restriktiv inställning till fördel för upphovsmannen när det föreligger oklara eller omfattande rättighetsöverlåtelse.⁶⁷ För att avgöra i vilken utsträckning en förvärvare får utöva rättigheterna bör hänsyn tas till det parterna uttryckligen avtalat samt omständigheterna i övrigt. Avseende tolkningen av överlåtelseavtal bör en överlåtelse, även om ordalydelsen ger uttryck för ett omfattande rättighetsförvärv, oftast tolkas så att rättighetsförvärvet endast medger rätt att utnyttja verket på ett särskilt sätt. Då det sker en överlåtelse till en förläggare bör exempelvis detta i allmänhet endast innebära en förlagsrätt.⁶⁸

2.2.2 EU-rättslig lagstiftning

Sverige har genom sin anslutning till Europeiska unionen (EU) överlåtit delar av sina beslutsbefogenheter och därmed kan besluten som fattas av EU bli bindande för Sverige.⁶⁹ Ett av EU:s grundläggande syften är att skapa och bevara en inre marknad som bygger på fri rörlighet för varor, tjänster och kapital samt att ha en effektiv konkurrens.⁷⁰ Den inre marknaden omfattar ett område utan inre gränser, där fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital ska säkerställas i enlighet med bestämmelserna i fördragen.⁷¹ Upphovsrätten är av stor betydelse för EU, med tanke dess omfattande ekonomiska värde och internationella karaktär.⁷² Inom upphovsrätten gäller partiell harmonisering inom EU med främst direktiv som grund.⁷³

På det upphovsrättsliga området finns bland annat Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (Infosoc-direktivet).⁷⁴ Direktivet fokuserar på det rättsliga skyddet för upphovsrätt samt närstående rättigheter inom den inre marknaden, med särskild tyngd vid informationssamhället.⁷⁵ Bland skälen i direktivet anges att man genom att harmonisera medlemsstaternas upphovsrättsliga lagstiftning vill motverka negativ inverkan på konkurrensen på den inre marknaden⁷⁶, samt att harmonisering ska gynna efterlevnaden av viktiga rättsprinciper, inte

⁶⁷ Nordell, Per Jonas, *Tolkningsprinciper i upphovsrättsavtal*, Nordiskt Immateriellt Rättsskydd häfte 4, 2008, s. 307 s. 313.

⁶⁸ SOU 1956:25 Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk s. 277.

⁶⁹ Lag (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska Unionen.

⁷⁰ Ds. 2007:29 Musik och film på Internet- hot eller möjlighet s. 32.

⁷¹ Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt art 26(2).

⁷² Ds. 2007:29 Musik och film på Internet- hot eller möjlighet s. 32.

⁷³ Rosas, Allan, *Upphovsrätten som utmaning för EU-domstolen*, Nordiskt Immateriellt Rättsskydd, häfte 1, 2020 s. 51 s. 51.

⁷⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.

⁷⁵ Infosoc-direktivet artikel 1.1.

⁷⁶ Ibid skäl 1.

minst gällande bland annat äganderätten där immaterialrätten ingår.⁷⁷ Immaterialrätten anses vara en integrerad del av äganderätten,⁷⁸ och genom att rättigheterna erhåller en hög skyddsnivå främjas investeringar i kreativ och innovativ verksamhet. Detta leder i sin tur till tillväxt och ökad konkurrenskraft. Det resulterar också i nya arbetstillfällen och därmed en ökad sysselsättning.⁷⁹ En hög skyddsnivå är också viktigt eftersom rättigheterna i fråga är av avgörande betydelse för det intellektuella skapandet. Därmed främjar skyddet av dessa rättigheter kreativitet och är till fördel för upphovsmän, näringslivet, kulturen, konsumenter, allmänheten med mera.⁸⁰

På området finns även Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/790 av den 17 april om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden och om ändring av direktiven 96/9/EG och 2001/29/EG (DSM-direktivet).⁸¹ Bland skälen framgår att den snabba tekniska utvecklingen som sker förändrar sättet som skapande, produktion, distribution och användning sker av skyddade verk. Mot bakgrund av detta krävs att den relevanta lagstiftningen är anpassad därefter, för att inte stå i vägen för fortsatt teknisk utveckling.⁸²

⁷⁷ Infosoc-direktivet skäl 3.

⁷⁸ Ibid skäl 9.

⁷⁹ Ibid skäl 4.

⁸⁰ Ibid skäl 9.

⁸¹ Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/790 av den 17 april om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden och om ändring av direktiven 96/9/EG och 2001/29/EG.

⁸² DSM-direktivet skäl 3.

3. Det upphandlingsrättsliga perspektivet

3.1 Inledning

Genom den offentliga upphandlingen ska möjligheter till konkurrens tas tillvara och innovationskapaciteten främjas. Utöver detta ska den offentliga upphandlingen vara effektiv, rättssäker och ta miljö- och sociala hänsyn.⁸³ Den offentliga upphandlingen ska verka som ett instrument i syfte att driva utvecklingen mot ett mer hållbart samhälle genom att efterfråga hållbara produkter och tjänster, samt i utvecklingen av nya lösningar genom att använda leverantörers innovationsförmåga.⁸⁴ Den offentliga sektorn är en stor och viktig inköpare och det är därför nödvändigt med ett regelverk som hindrar individuella offentliga beslutsfattare från att prioritera egna intressen framför det allmännas. Upphandlingslagstiftningen ska därmed följas för att de möjligheter som finns på marknaden ska utnyttjas.⁸⁵

3.2 Upphandlingsrättslig lagstiftning

3.2.1 Svensk lagstiftning

Upphandling definieras i 1 kap 2 § 1 st LOU som de åtgärder som vidtas för att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt. De som ska följa LOU kallas för upphandlande myndigheter.⁸⁶ Upphandlande myndighet definieras i 1 kap 22 § 1 st LOU som en statlig eller kommunal myndighet. Samma paragraf innehåller i andra stycket en uppräkningslista av vad som ska jämföras med myndighet. Det finns inget krav på att myndighetens anskaffande ska leda till att myndigheten erhåller äganderätten över föremålet i fråga, utan även hyra, nyttjandet med mera omfattas.⁸⁷

I upphandlingsdokumenten beskriver eller fastställer den upphandlande myndigheten innehållet i upphandlingen.⁸⁸ 4 kap 1 § LOU innehåller fem grundläggande principer för offentlig upphandling, vilka ska beskrivas i närmare detalj senare i arbetet. De upphandlande myndigheterna har stor frihet i utformandet av en upphandling. Det är upp till den upphandlande

⁸³ *Offentlig upphandling*, Regeringskansliet, tillgänglig <<https://www.regeringen.se/regeringens-politik/offentlig-upphandling/>>, besökt 2023-02-06.

⁸⁴ *Om offentlig upphandling*, Upphandlingsmyndigheten.

⁸⁵ Andersson (2020) s. 13.

⁸⁶ *Vilka ska upphandla?*, Upphandlingsmyndigheten, tillgänglig: <<https://www.upphandlingsmyndigheten.se/regler-och-lagstiftning/vilka-ska-upphandla/>>, besökt 2023-03-07.

⁸⁷ Hausel Heldahl och Wainikka (2022) s. 39.

⁸⁸ 1 kap 23 § LOU.

myndigheten att i varje enskild upphandling säkerställa att uppgifterna i dokumenten är i enlighet med de grundläggande principerna.⁸⁹

I 4 kap 2 § LOU anges att upphandlingar ej får utformas i syfte att undanta upphandlingen från lagens tillämpningsområde och inte heller i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller gynnas på ett otillbörligt sätt. 4 kap 3 § LOU anger att en upphandlande myndighet bör beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling i de fall upphandlingens art motiverar detta.

9 kap LOU innehåller bestämmelser angående de tekniska specifikationerna på det som ska upphandlas. Enligt 9 kap 1 § LOU anges de tekniska egenskaper som varan, tjänsten eller byggtreprenaden ska ha som tekniska specifikationer. Dessa ska framgå av något av upphandlingsdokumenten samt vara utformade i enlighet med 9 kap 3-5 §§ LOU så länge detta inte strider mot tvingande tekniska regler. Av 9 kap 1 § 4 st LOU framgår att de tekniska specifikationerna bland annat ska innehålla information om huruvida överlåtelse av immateriella rättigheter kommer att krävas.

Kontrakt ska i enlighet med 16 kap 1 § 1 st LOU tilldelas den leverantör vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten. Vad som är mest ekonomiskt fördelaktigt för den upphandlande myndigheten ska utvärderas enligt någon av de grunder som anges i 16 kap 1 § 2 st LOU. Det är lagstadgat i 16 kap 1 § 3 st LOU att det ska framgå av något av upphandlingsdokumenten vilken utvärderingsgrund den upphandlande myndigheten avser att använda. Av 19 kap 9 § 1 st 2-3 p LOU framgår att upphandlingsdokumenten dessutom ska innehålla de krav som anbudssökande eller anbudsgivare ska uppfylla för att få delta i upphandlingen, samt minimikraven som anbudet ska uppfylla. Minimikraven är de villkor och egenskaper som statliga anbud ska uppfylla eller inneha för att upphandlande myndighet ska kunna tilldela kontraktet i enlighet med valda tilldelningskriterier. Dessa minimivillkor kan vara såväl fysiska, funktionella som rättsliga.⁹⁰

Avseende förfrågningsunderlaget ställs krav på att detta ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör kan avgöra vad som tillmäts betydelse vid upphandlingen.⁹¹ Av 17 kap 9-14 §§ LOU framgår i vilka situationer som ett kontrakt eller ramavtal får ändras utan att en ny upphandling behöver genomföras. Denna uppräknning är uttömmande och ändring som görs som

⁸⁹ Nord, Eskil, Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, kommentaren till 19 kap 9 §, Karnov, besökt 2023-03-22.

⁹⁰ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG skäl 45.

⁹¹ RÅ 2002 ref 50, dom meddelad 2002-06-13.

saknar stöd av nämnda bestämmelser utgör en otillåten direktupphandling. Detta gäller så fort kontrakt eller ramavtal har ingåtts.⁹²

En leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada kan i enlighet med 20 kap 4 § 1 st LOU ansöka om överprövning hos allmän förvaltningsdomstol. Av bestämmelsens första och andra punkt framgår att överprövning kan avse antingen en upphandling eller giltigheten av avtal som slutits mellan upphandlande myndighet och leverantör. I de fall en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i LOU som i sin tur inneburit att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen antingen ska göras om, eller att rättelse ska genomföras innan upphandlingen får avslutas. Upphandling får emellertid inte överprövas då ett avtal redan slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör. Detta framgår av 20 kap 6 § 1-2 st LOU.

3.2.2 EU-rättslig lagstiftning

Existerande nationella lagar kring offentlig upphandling i Sverige är baserade på EU-rättsliga direktiv.⁹³ Offentlig upphandling av varor och tjänster regleras i direktiv 2014/24/EU (Upphandlingsdirektivet)⁹⁴ som ersatte tidigare direktivet 2004/18/EG.⁹⁵ Till grund för tolkningen och tillämpningen av upphandlingsregler ligger EU-rättsliga grundläggande principer.⁹⁶ Offentlig upphandling som sker av medlemsstaternas myndigheter alternativt för deras räkning ska dessutom överensstämma med principerna i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF-fördraget)⁹⁷, särskilt gällande fri rörlighet för varor, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer detta. Här ingår bland annat principerna om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet.⁹⁸

De EU-rättsliga direktiven på området syftar att genomföra en inre marknad i EU.⁹⁹ Unionen ska besluta om åtgärder i syfte att upprätta den inre marknaden eller säkerställa dess funktion i enlighet med tillämpliga bestämmel-

⁹² Prop. 2015/16:195 Nytt regelverk om upphandling s. 1127.

⁹³ Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder- en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, fjärde upplagan, Jure, 2017 s. 22.

⁹⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

⁹⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

⁹⁶ Lindahl Toftgaard (2022) s. 49.

⁹⁷ Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt.

⁹⁸ Upphandlingsdirektivet skäl 1.

⁹⁹ Pedersen (2017) s. 22.

ser.¹⁰⁰ Enligt EU-domstolen är ett huvudsyfte med de EU-rättsliga bestämmelserna avseende offentlig upphandling att de ska öppna upp för så omfattande konkurrens som möjligt. Detta ligger i intresse för såväl EU avseende den fria rörligheten av varor och tjänster, samt i den aktuella upphandlande myndighetens intresse, som får ett utökad val av leverantörer med lämpliga anbud anpassade efter myndighetens behov.¹⁰¹

De viktigaste bestämmelserna i FEUF för den offentliga upphandlingen är artikel 34, artikel 49 och artikel 56.¹⁰² Artikel 34 förbjuder kvantitativa export- och importrestriktioner mellan medlemsstaterna, med undantag för de situationer som anges i artikel 36.¹⁰³ Sådant förbud mot inskränkningar finns även angående etableringsrätten och anges i artikel 49.¹⁰⁴ Motsvarande bestämmelse finns avseende tjänster i artikel 56 FEUF, som också förbjuder inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom unionen avseende medborgare i medlemsstater som etablerat sig i annan medlemsstat än mottagaren av tjänsten i fråga.¹⁰⁵

Av upphandlingsdirektivet framgår att offentlig upphandling bör användas som ett instrument för myndigheter att på bästa sätt främja innovation.¹⁰⁶ Upphandlingsdirektivet beskriver innovation som verkställandet av en ny eller markant förbättrad vara, tjänst eller process, som innehåller men inte enbart produktions-, byggnads- eller anläggningsprocesser, en ny marknadsföringsmetod eller en ny organisationsmetod inom affärspraxis, arbetsplatsorganisation eller yttre förbindelser. Detta i syfte för att bland annat bidra till att lösa samhällsutmaningar eller för att främja smart och hållbar tillväxt för alla.¹⁰⁷

Forskning och innovation är grundläggande för framtida tillväxt. Då myndigheter genomför köp av innovativa varor, byggentreprenader och tjänster leder detta till ökad effektivitet och kvalitet och är med och löser samhällsproblem. Det leder i sin tur också till att man erhåller bästa möjliga mervärde för offentliga medel. Den offentliga upphandlingen bidrar till en generell ekonomisk, miljömässig och samhällelig nytta eftersom det gynnar skapan-

¹⁰⁰ FEUF art 26(1).

¹⁰¹ Domstolens dom (fjärde avdelningen) den 23 december 2009 i mål C-305/08, *Conorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) mot Regione Marche* ECLI:EU:C:2009:807 p. 37.

¹⁰² Pedersen (2017) s. 22.

¹⁰³ FEUF art 34.

¹⁰⁴ *Ibid* art 49.

¹⁰⁵ *Ibid* art 56.

¹⁰⁶ Upphandlingsdirektivet skäl 47.

¹⁰⁷ *Ibid* art 2.1(22).

det av nya idéer. Nya idéer leder till nya innovativa varor och tjänster, vilket i sin tur stimulerar hållbar ekonomisk tillväxt.¹⁰⁸

Offentlig upphandling ska utnyttjas för att nå de uppställda målen i Europa 2020-strategin för smart och hållbar tillväxt för alla. Det faktum att offentlig upphandling kan användas för att främja innovation, är till fördel för Europas framtida tillväxt. Mot bakgrund av de stora skillnader som finns mellan olika sektorer och marknader anses det dock inte lämpligt att föreskriva allmänna obligatoriska krav för både innovativ, men också social och miljörelaterade upphandling.¹⁰⁹

Av upphandlingsdirektivet framgår att det är viktigt att redovisa under vilka omständigheter ändringar av ett kontrakt under fullgörandet kräver ett nytt upphandlingsförfarande. Om grundläggande ändringar görs i det ursprungliga kontraktet, särskilt i fråga om bland annat fördelningen av immateriella rättigheter, krävs ett nytt upphandlingsförfarande. Detta då sådana ändringar tyder på att parterna avser omförhandla viktiga kontraktsvillkor. Ännu viktigare är detta om de ändrade villkoren skulle ha en inverkan på resultatet av förfarandet, om dessa villkor hade ingått i det ursprungliga förfarandet.¹¹⁰

Artikel 18 i upphandlingsdirektivet innehåller principer för upphandling¹¹¹, vilka kommer presenteras i närmare detalj i kapitel 3.2. De upphandlande myndigheterna i fråga är fria att bestämma lämpliga kvalitetsnormer genom att använda tekniska specifikationer eller villkor för fullgörande av kontraktet.¹¹² De tekniska specifikationerna ska ingå i upphandlingsdokumenten. I dessa ska också anges vilka egenskaper som krävs hos byggtreprenaderna, varorna eller tjänsterna i fråga.¹¹³ Utöver detta ska de tekniska specifikationerna innehålla information om huruvida det kommer krävas överföring av immateriella rättigheter.¹¹⁴

3.3 De grundläggande principerna för offentlig upphandling

De grundläggande principerna för offentlig upphandling anges i 4 kap 1 § LOU. Enligt Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) 2018 ref. 60 är de upphandlingsrättsliga principerna av betydelse även vid upphandlingar som inte är direktivstyrda, exempelvis då upphandlingar inte når upp till angivet tröskelvärde.¹¹⁵ Dessa principer angående upphandlingar under tröskelvär-

¹⁰⁸ Upphandlingsdirektivet skäl 47.

¹⁰⁹ Ibid skäl 95.

¹¹⁰ Ibid skäl 107.

¹¹¹ Ibid art 18.

¹¹² Ibid skäl 90.

¹¹³ Ibid art 42.1 1 st.

¹¹⁴ Ibid art 42.1 3 st

¹¹⁵ HFD 2018 ref. 60.

det anges i 19 kap 2 § LOU och för direktupphandlingar i 19 a kap 8 § LOU.

De grundläggande principerna är utvecklade av EU-domstolen. Dessa principer styr genomförandet av upphandlingar, vilket innebär att de vägleder hur upphandlingsregler ska tolkas och tillämpas samt påverkar hur leverantörer ska behandlas. Utöver detta styr de grundläggande principerna utformning och dokumentation av upphandlingsdokument. Principerna syftar till, liksom framgick av kapitel 3.1.2, att främja den fria rörligheten av varor och tjänster samt den fria etableringsrätten inom EU. Utöver detta ska principerna även främja en effektiv konkurrens.¹¹⁶ Upphandlande myndigheter har möjlighet att själva välja vilka kriterier som ska gälla för tilldelningen av ett kontrakt men att det finns krav på att dessa kriterier har ett samband med kontraktets föremål, uttryckligen anges i förväg samt är i enlighet med de allmänna rättsprinciperna.¹¹⁷

4 kap 1 § LOU anger att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt att genomförandet av upphandlingar ska ske på ett öppet sätt samt i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Paragrafen innehåller bland annat principerna om likabehandling och icke-diskriminering, vilket innebär att anbudssökande och anbudsgivare från olika orter ska behandlas på samma sätt som anbudssökande och anbudsgivare från andra orter. Exempelvis innebär principen om icke-diskriminering att kravspecifikationerna på det som ska upphandlas inte får innehålla krav på särskild tillverkare, särskilt ursprung etcetera, förutom om detta motiveras av upphandlingsföremålet eller om det också anges ”eller likvärdig” efter kravet.¹¹⁸

Paragrafen uttrycker också en öppenhetsprincip som innebär att det ska lämnas insyn i upphandlingsförfarandet. Kravet ska garantera att samtliga anbudsgivare får ta del av ett förfarande som är öppet för konkurrens, samt att det ska kunna kontrolleras att förfarandet är opartiskt. Principen om ömsesidigt erkännande ingår också i bestämmelsen, som innebär att upphandlande myndigheter ska godkänna utländsk dokumentation angående styrkande av kvalifikationskrav om de utfärdats av behöriga organ i annan medlemsstat.¹¹⁹

¹¹⁶ Lindahl Toftagaard (2022) s. 49-50.

¹¹⁷ Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling- primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, Jure, 2012 s. 485.

¹¹⁸ Prop 2009/10:180 Nya rättsmedel på upphandlingsområdet s. 90.

¹¹⁹ Ibid s. 90.

Sist men inte minst innehåller bestämmelsen en proportionalitetsprincip, vilken innebär att de krav som ställs ska stå i rimlig proportion till de eftersträvade målen. När villkoren ställs ska hänsyn tas till upphandlingens art och värde. Kraven i fråga får inte vara onödiga eller oproportionerliga. Tidsfristerna ska dessutom vara långa nog för att företag från andra medlemsstater ska ha tiden att göra en bedömning samt utforma ett anbud.¹²⁰

Av upphandlingsdirektivet framgår att principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och agera på ett öppet och proportionerligt sätt. Vidare anges att upphandling ej får utformas i syfte att undanta den från tillämpningsområdet för direktivet i fråga eller för att på ett konstgjort sätt vara konkurrensbegränsande. Konkurrensen anses begränsas på ett konstgjort sätt om upphandlingen utformas i syfte att favorisera eller missgynna vissa ekonomiska aktörer på ett otillbörligt sätt.¹²¹

3.4 Mer om proportionalitetsprincipen

I 1992 års lag om upphandling angavs huvudregeln att all upphandling ska ske med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns samt i övrigt genomföras affärsmässigt och utan hänsyn till intressen som saknar relevans. Detta var avsett att förhindra negativa effekter på konkurrensen. Denna huvudregel ersattes av de allmänna principerna för upphandling genom 2007 års lag för upphandling, i syfte att utforma lagtexten mer i enlighet med direktiven.¹²²

Enligt regeringen betyder begreppet affärsmässighet att man ska ta vara på den konkurrens som finns. Angående begreppet affärsmässighet menade regeringen att detta begrepp bör innefatta de EU-rättsliga principerna, vilka ska tas hänsyn till vid upphandlingar. Kraven som ställdes i 1992 års huvudregel, alltså krav på utnyttjande av konkurrens, på affärsmässighet och att hänsyn ej ska tas till intressen som saknar relevans, ansågs vara förenliga med de grundläggande EU-rättsliga principerna. Det nya rättsläget ansågs därmed inte innebära någon egentlig förändring jämfört med det tidigare rättsläget. Kravet att ta tillvara på konkurrens tillgodoses då den upphandlande myndigheten iakttar vissa grundläggande EU-rättsliga principer under upphandlingens gång.¹²³

¹²⁰ Prop 2009/10:180 Nya rättsmedel på upphandlingsområdet s. 91.

¹²¹ Upphandlingsdirektivet art 18(1).

¹²² HFD 2018 ref. 60 s. 7.

¹²³ Prop. 2006/07:128 Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster s. 156.

Av praxis från EU-domstolen framgår att en proportionalitetsbedömning ska genomföras genom en strukturerad avvägning mellan olika intressen.¹²⁴ Syftet bakom proportionalitetsprincipen är att motverka otillbörlig konkurrensbegränsning. Principen avser kravens sakliga innehåll och innebär att varken irrelevanta eller onödigt långtgående krav får ställas. En bedömning kring huruvida något strider mot proportionalitetsprincipen avgörs genom en bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet.¹²⁵

LOU saknar reglering angående nivån kraven som får ställas på leverantörernas förmåga eller på tjänsten.¹²⁶ Det föreligger därmed relativt stor frihet för den upphandlande myndigheten att utforma sina krav, men de grundläggande principerna ska iakttas.¹²⁷ Här ingår bland annat proportionalitetsprincipen.¹²⁸

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte tillåts ställa mer omfattande krav på leverantören eller leveransen än vad som är nödvändigt och ändamålsenligt för upphandlingen i fråga. Kraven ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion till behovet som ska tillgodoses.¹²⁹ Den upphandlande myndigheten ska redan vid färdigställandet av förfrågningsunderlaget säkerställa att kraven är proportionerliga i förhållande till föremålet för upphandlingen samt att kraven i övrigt är proportionerliga, relevanta och inte är mer omfattande än nödvändigt.¹³⁰ Proportionalitetsprincipen omfattar både anbudets form och innehåll.¹³¹

I rättspraxis som behandlar proportionalitetsprincipen i LOU har betydelse också tillmätts att kraven är klara och lättförståeliga.¹³² En uppgift som resulterar i diskvalificering av en leverantör ska vara relevant för upphandlingen i fråga och får inte vara utan betydelse.¹³³

¹²⁴ Se exempelvis Kammarrätten i Stockholm mål nr 4846-09, dom meddelad 2009-10-27 och C-331/88 *The Queen mot Ministry of Agriculture, Fisheries and Food och Secretary of State for Health*, ex parte: Fedesa m.fl, EU:C:1990:391.

¹²⁵ Lindahl Toftegaard (2022) s. 58-59.

¹²⁶ Kammarrätten i Göteborg mål nr 4475-07, dom meddelad 2007-11-01 s. 3.

¹²⁷ Kammarrätten i Stockholm mål nr 5451-12, dom meddelad 2012-10-29 s. 4.

¹²⁸ C-331/88 *The Queen mot Ministry of Agriculture, Fisheries and Food och Secretary of State for Health*, ex parte: Fedesa m.fl, EU:C:1990:391 p. 2 i summary.

¹²⁹ Prop. 2006/07:128 Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster s. 132.

¹³⁰ HFD 2016 ref. 37 s. 5.

¹³¹ Se exempelvis Kammarrätten i Stockholm mål nr 4846-09, dom meddelad 2009-10-27 och C-331/88 *The Queen mot Ministry of Agriculture, Fisheries and Food och Secretary of State for Health*, ex parte: Fedesa m.fl, EU:C:1990:391.

¹³² HFD 2016 ref. 37 s. 2.

¹³³ Kammarrätten i Göteborg mål nr 4475-07, dom meddelad 2007-11-01 s. 3.

Vidare innebär proportionalitetsprincipen att ett kontraktsvillkor ska stå i proportion till kontraktets övriga innehåll och karaktär. Villkoret bör alltså avse den del av leverantörens verksamhet som upphandlingen gäller. Ett mer generellt villkor som avser andra delar av verksamheten skulle kunna bedömas strida mot proportionalitetsprincipen, då det saknar godtagbar koppling till upphandlingsföremålet.¹³⁴

Att ett krav är nödvändigt innebär att det inte föreligger några mindre ingripande alternativ.¹³⁵ I de fall det finns flera olika alternativ, ska det minst betungande väljas.¹³⁶ Den upphandlande myndigheten bär bevisbördan för att det inte finns något mindre ingripande alternativ till hands.¹³⁷ Kraven som ställs ska vara relevanta och proportionella i förhållande till det som åsyftas med kraven. De vidtagna åtgärderna ska också vara ägnade att uppnå det eftersträvade målet och den olägenhet som åtgärderna innebär får ej vara i oproportionerligt förhållande till nyttan.¹³⁸

Upphandlande myndighet har vid utformning av upphandlingsdokument ingen skyldighet att ta hänsyn till hur ett enskilt företags verksamhet eller individer kan komma att påverkas.¹³⁹ Att ett kravs enda negativa effekt är att det innebär ett visst merarbete av leverantören kan inte anses som särskilt betungande och innebär därmed inte att kravet är oproportionerligt i relation till kravets eftersträvade syfte.¹⁴⁰

I viss, både svensk och EU-rättslig praxis, sker bedömningen om proportionalitet i offentlig upphandling enligt tre EU-rättsliga rekvisit.¹⁴¹ Första rekvisitet avser huruvida åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. Det andra rekvisitet innebär en bedömning av huruvida åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, där man också undersöker huruvida det finns några mindre ingripande alternativ. Det tredje och sista rekvisitet innehåller en bedömning av om åtgärdens

¹³⁴ SOU 2005:22 Nya upphandlingsregler s. 300.

¹³⁵ Kammarrätten i Stockholm mål nr 4846-09, dom meddelad 2009-10-27 s. 3.

¹³⁶ Domstolens dom (femte avdelningen) den 13 november 1990 i C-331/88 *The Queen mot Ministry of Agriculture, Fisheries and Food och Secretary of State for Health*, ex parte: Fedesa m.fl, EU:C:1990:391 p. 13.

¹³⁷ Kammarrätten i Stockholm mål nr 4846-09, dom meddelad 2009-10-27 s. 3.

¹³⁸ Se exempelvis Kammarrätten i Stockholm mål nr 4846-09, dom meddelad 2009-10-27 och C-331/88 *The Queen mot Ministry of Agriculture, Fisheries and Food och Secretary of State for Health*, ex parte: Fedesa m.fl, EU:C:1990:391.

¹³⁹ Kammarrätten i Göteborg mål nr 7554-13, dom meddelad 2014-02-27 s. 13.

¹⁴⁰ Kammarrätten i Göteborg mål nr 4475-07, dom meddelad 2007-11-01 s. 5.

¹⁴¹ Se exempelvis Kammarrätten i Göteborg mål nr 4475-07, dom meddelad 2007-11-01 s. 4-5 och C-331/88 *The Queen mot Ministry of Agriculture, Fisheries and Food och Secretary of State for Health*, ex parte: Fedesa m.fl, EU:C:1990:391 p. 12.

negativa effekt, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.¹⁴²

3.5 Innovationsvänlig upphandling

Företag som i omfattande utsträckning använder sig av immateriella rättigheter har en strategisk roll avseende den hållbara tillväxten hos samhällsekonomin. Dessa företag bidrar både till innovation och ett ekonomiskt mer värde och gynnar även samhället genom skapandet av arbetstillfällen. Genom att skydda immateriella rättigheter uppmuntras investeringar i utvecklingen av nya produkter och tjänster, och skyddet är också med och försäkrar en god avkastning på dessa investeringar.¹⁴³

Begreppet ”innovationsvänlig upphandling” innebär att upphandlingen genomförs på ett sätt som varken utesluter eller missgynnar nya lösningar och innovationer. Det finns flera sätt att genomföra mer innovationsvänliga upphandlingar i enlighet med den lagstiftning som finns, exempelvis genom att myndigheten beskriver sina behov samt alternativa lösningar som myndigheten kan tänka sig pröva.¹⁴⁴ För att motverka att företag med innovativa lösningar missgynnas eller utesluts kan den upphandlande myndigheten utforma förfrågningsunderlaget med goda förberedelser samt föra dialog med potentiella leverantörer.¹⁴⁵

Innovationsvänlig offentlig upphandling innebär att de upphandlande myndigheterna i större omfattning beaktar innovationsaspekter samt genomför upphandlingar på ett mer innovationsvänligt sätt.¹⁴⁶ 2020-strategin¹⁴⁷, antagen av kommissionen, innehåller mål vars syfte är att skapa en hållbar ekonomisk tillväxt. Bland dessa mål anges bland annat att medlemsstaterna på nationell nivå genom offentlig upphandling ska främja incitament för innovation. Utöver detta ska medlemsstaterna också förbättra villkoren avseende

¹⁴² Se exempelvis Kammarrätten i Göteborg mål nr 4475-07, dom meddelad 2007-11-01 s. 4-5 och C-331/88 *The Queen mot Ministry of Agriculture, Fisheries and Food och Secretary of State for Health*, ex parte: *Fedesa m.fl.*, EU:C:1990:391 p. 12-13.

¹⁴³ Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén och regionkommittén. Inre marknadsakten- tolv åtgärder för att stimulera tillväxten och stärka förtroendet för den inre marknaden. ”Gemensamma insatser för att skapa ny tillväxt” s. 8.

¹⁴⁴ SOU 2010:56 *Innovationsupphandling* s. 16.

¹⁴⁵ *Att främja nytänkande- vägledning för innovationsvänlig upphandling*, Kammarkollegiet Upphandlingsstödet, 2012:2 s. 18.

¹⁴⁶ SOU 2010:56 *Innovationsupphandling* s. 147.

¹⁴⁷ Meddelande från Kommissionen, Europa 2020- En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla, Europeiska kommissionen, KOM (2010) 2020 slutlig, Europeiska Kommissionen Bryssel 2010-03-03.

skyddet av immateriell äganderätt.¹⁴⁸ Genom en innovationspolitik kan man skapa ett innovationsklimat som skapar goda förutsättningar för företag och organisationer att hitta förbättrade eller mer effektiva lösningar. Mot bakgrund av de stora volymer som behandlas i den offentliga upphandlingen, finns stor potential i att använda den offentliga upphandlingen som ett innovationspolitiskt instrument.¹⁴⁹

Innovationsvänliga upphandlingar bidrar till konkurrens samt utökade möjligheter för mindre företag med innovativa lösningar att vinna upphandlingar. Innovativa lösningar kan leda till kostnadsbesparingar alternativt förse företag med andra värden. Innovationsvänliga upphandlingar leder till fler möjligheter att upphandla innovativa lösningar, vilket i sin tur främjar effektivitet och utveckling hos den upphandlande myndigheten. Detta leder till ökad nytta för medborgare samt samhället i stort.¹⁵⁰

En anledning till att innovationsvänliga upphandlingar inte genomförs kan vara att det finns bristande kompetens och kunskap, såväl hos beställare som hos upphandlare. Genom kompetens avseende vad som främjar respektive motverkar innovation kan ett förbättrat upphandlingsarbete och fler innovationsvänliga upphandlingar genomföras.¹⁵¹

Hanteringen av immateriella rättigheter är en viktig fråga vid samtliga upphandlingar men av särskild betydelse vid genomförandet av innovationsvänliga upphandlingar. Leverantörer med innovativa lösningar kan drabbas särskilt hårt av hur de immateriella rättigheterna hanteras. Omfattande rättighetsförvärv riskerar istället leda till att leverantörerna avstår från att lämna anbud eftersom de inte vill överlåta sina innovationer och idéer till myndigheten. Den som utformar förfrågningsunderlaget bör därmed ha kunskap beträffande vilka konsekvenser olika krav på immateriella rättigheter riskerar innebära.¹⁵² Målet bör vara att hitta en balans mellan rättigheterna som i slutändan leder till ekonomiska incitament och fördelar för båda parter.¹⁵³

¹⁴⁸ Meddelande från Kommissionen, Europa 2020- En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla, Europeiska kommissionen, KOM (2010) 2020 slutlig, Europeiska Kommissionen Bryssel 2010-03-03 s. 18.

¹⁴⁹ Edquist, Charles, *Funktionsupphandling för innovation, välfärd och miljö*, Uppdragsforskningsrapport 2019:2, Konkurrensverket s. 3.

¹⁵⁰ *Att främja nytänkande- vägledning för innovationsvänlig upphandling*, Kammarkollegiet Upphandlingsstödet, 2012:2 s. 11.

¹⁵¹ Ibid s. 18.

¹⁵² Ibid s. 44.

¹⁵³ SOU 2010:56 Innovationsupphandling s. 247.

4. Upphovsrättsliga förvärv vid offentlig upphandling

4.1 Inledning

Det ovanliga med upphandlingar som avtalssituation är att den ena parten redan har satt upp samtliga premisser för avtalet genom framtagandet av upphandlingsdokumenten, innan den andra parten överhuvudtaget är del av processen. Det står i jämförelse med andra typer av avtal där det ofta är två parter som tillsammans kommer fram till en gemensam partsvilja. Detta resulterar bland annat i att den potentiella leverantören på egen hand måste se till att samtliga avtalskedjor avseende förvärv av upphovsrättigheter gör det möjligt att delta i den aktuella upphandlingen. Detta kan vara en svår process.¹⁵⁴

Som tidigare nämnts kan ett stort antal immaterialrättsliga frågor aktualiseras vid offentlig upphandling. Exempelvis kan upphandlingsdokumenten innehålla material som är skyddat av olika rättigheter, särskilt eftersom upphandlingsdokumenten ofta innehåller delar från andra dokument.¹⁵⁵ En annan risk är att det genomförs icke ändamålsenliga rättighetsförvärv, vilket avser de situationer där formuleringarna i upphandlingsdokumenten inte är fullt anpassade till användningen av resultatet av upphandlingen. Ett exempel på en sådan situation är när alla immateriella rättigheter slås samman till en, vilket bortser från det faktum att de olika immaterialrättigheterna regleras på olika sätt. Detta riskerar leda till att föremålet för upphandlingen inte kan användas på det sätt som åsyftats genom avtalet.¹⁵⁶

4.2 Risker med omfattande upphovsrättsliga förvärv vid offentlig upphandling

Huvudregeln är att den som utfört arbetet, det vill säga leverantören, innehar upphovsrätten medan den upphandlande myndigheten har en nyttjanderätt. Det kräver alltså att det uttryckligen anges i förfrågningsunderlaget och kontraktet som upprättas mellan parterna för att denna huvudregel ska frångås och de immateriella rättigheterna ska överlätas till myndigheten.¹⁵⁷ Det kan framstå som nyttigt att den upphandlande myndigheten erhåller upphovsrätten mot bakgrund av att myndigheten dels betalar för anförskaffandet, dels att ett förvärv av den typen skulle ge myndigheten fria händer i sin hante-

¹⁵⁴ Hausel Heldahl och Wainikka (2022) s. 158.

¹⁵⁵ Ibid s. 26-27.

¹⁵⁶ Ibid s. 30.

¹⁵⁷ *Att främja nytänkande- vägledning för innovationsvänlig upphandling*, Kammarkollegiet Upphandlingsstödet, 2012:2 s. 45.

ring av innovationen i fråga. Detta riskerar dock medföra en rad problem.¹⁵⁸ Vid omfattande rättighetsförvärv, exempelvis då beställare kräver ensamrätt eller äganderätt till uppdragsresultatet, riskerar leverantören hindras från att fortsättningsvis kunna leverera den aktuella typen av lösningar, som ofta bygger på tidigare erhållen kunskap. Att leverantören hindras från att använda tidigare material, innebär att leverantören måste börja om från noll. Detta leder till både ineffektivitet och ökad kostsamhet för beställarna samt att man går miste om bättre lösningar och ökad innovation. Genom att kräva ensamrätt i situationer där detta inte är nödvändigt riskerar man därmed gå miste om leverantörens kunskap och erfarenheter, vilket kan begränsa den generella utvecklingen.¹⁵⁹

Den här typen av omfattande förvärv innebär också en stor risk för företagen då en majoritet av företagens värde ofta består av deras kunskapsbaserade tillgångar. Eftersom företagen vid ingående av avtal om offentlig upphandling riskerar att bli av med sina egna immateriella rättigheter riskerar detta reducera företagens värde då deras immateriella tillgångar minskar.¹⁶⁰ Mot bakgrund av detta riskerar omfattande rättighetsförvärv leda till att olika potentiella anbudsgivare avstår från att överhuvudtaget lämna något anbud. Det kan också potentiellt leda till att anbudsgivare ställer högre priser och att det sedan blir upp till den upphandlande myndigheten att driva frågor till domstol vid potentiellt immaterialrättsintrång.¹⁶¹

4.3 Bakomliggande orsaker till omfattande upphovsrättsliga förvärv vid offentlig upphandling

En anledning till att upphandlingar som missgynnar innovation genomförs kan vara att det finns bristande kompetens och kunskap på området, både hos beställare och hos upphandlare.¹⁶² Problemen som uppkommer vid rättighetsförvärv vid offentliga upphandlingar är ofta kopplat till det faktum att de upphandlande myndigheterna i fråga ofta saknar intresse, incitament och laglig kompetens att på bästa sätt förvalta de immateriella rättigheterna och driva vidare utvecklingen.¹⁶³ En rådande negativ trend på området visar på att många upphandlingar utformas slentrianmässigt på så sätt att upphandlande myndighet efterfrågar den lösning som efterfrågades vid senaste upphandlingen,¹⁶⁴ ofta i form av standardmallar som används oavsett huruvida

¹⁵⁸ Nedström, Magnus, *Innovationer, upphandling och ensamrätter*, Upphandlingsrättslig Tidskrift, häfte 4, 2018 s. 249 s. 253.

¹⁵⁹ *Handledning för konsulter på den offentliga marknaden*, Innovationsföretagen s. 28.

¹⁶⁰ Hausel Heldahl och Wainikka (2022) s. 239-240.

¹⁶¹ *Ibid* s. 30.

¹⁶² *Att främja nytänkande- vägledning för innovationsvänlig upphandling*, Kammarkollegiet Upphandlingsstödet, 2012:2 s. 18.

¹⁶³ SOU 2010:56 Innovationsupphandling s. 248.

¹⁶⁴ *Ibid* s. 16.

detta faktiskt är den lämpligaste lösningen i det aktuella fallet.¹⁶⁵ Många upphovsrättsliga avtal innebär sämre avvägningar mellan olika intressen än vad lagstiftningen egentligen åsyftat.¹⁶⁶

Det är inte ovanligt att företagen decentraliserar skrivandet av avtal, exempelvis av praktiska skäl. Risker med en sådan decentralisering som inte följs upp med företagsegna standardavtal eller av personal utbildade i upphovsrätt blir att de ingångna avtalen inte överensstämmer med företagets plan.¹⁶⁷

4.4 Förslag på åtgärder för att undvika nämnda risker

Upphovsrätten bör tillhöra den part som på bästa sätt kan utnyttja dem, för att skapa de samhällsekonomiskt och innovationsmässigt bästa förutsättningarna för aktörer i fråga.¹⁶⁸ Leverantören anses generellt, i form av främst ekonomiska incitament samt teknisk kompetens, mer passande än upphandlande myndighet att vidareutveckla en innovation och förvalta en upphovsrätt. Därmed väcks frågan om ensamrätterna bör fortsatt tillhöra leverantören, i de fall det inte finns något myndighets- eller samhällsintresse eller liknande som hindrar detta.¹⁶⁹

Riskerna kan även undvikas genom skapandet av medvetna strategier vid utformningen av avtalet för att på så sätt undvika onödigt resursutnyttjande på att förvärva rättigheter som inte ska användas, eller att upphovsrättsintrång sker i fall företaget tror att de förvärvat en rättighet när de i själva verket inte gjort det.¹⁷⁰

Samtliga delaktiga i inköpsprocessen bör ha någon typ av insikt i de immaterialrättsliga frågeställningarna eftersom det krävs en förmåga att identifiera de immaterialrättsliga aspekterna i den aktuella situationen. Utöver detta finns också ett behov av någon med högre kompetens på området. Då offentliga upphandlingar sker genom regelstyrda processer som ofta är tidskrävande bör den som genomför en upphandling tänka på de immaterialrättsliga aspekterna i ett tidigt skede, för att säkerställa att dessa blir hantlade på korrekt sätt samt eftersom ändringar sent komma i upphandlingsprocessen riskerar att snedvrider hela upphandlingen.¹⁷¹ Den upphandlande myndigheten bör därefter göra en bedömning av vad en eventuell överlåtel-

¹⁶⁵ Hausel Heldahl och Wainikka (2022) s. 22.

¹⁶⁶ Wainikka (2008) s. 302.

¹⁶⁷ Ibid s. 303-304.

¹⁶⁸ *Handledning för konsulter på den offentliga marknaden*, Innovationsföretagen s. 29

¹⁶⁹ Nedström (2018) s. 255.

¹⁷⁰ Wainikka (2008) s. 304.

¹⁷¹ Hausel Heldahl och Wainikka (2022) s. 181.

se kommer ha för inverkan på leverantörens framtida möjligheter till affärer samt av lösningen.¹⁷²

Ett alternativ till den här typen av omfattande rättighetsförvärv förvärv skulle kunna vara att förvärvaren endast innehar tillstånd att utnyttja verket på visst sätt, exempelvis genom licensavtal. Licensavtal innebär inte heller någon rätt för förvärvaren att självständigt föra talan mot den som obehörigen utnyttjar verket. Genom att överlåtelsen och därmed förfoganderätten endast delvis överläts vid licensavtal, bibehåller upphovsmannen sin rätt och kan därmed överlåta delar av denna rätt till andra förvärvare.¹⁷³

¹⁷² SOU 2010:56 Innovationsupphandling s. 248.

¹⁷³ SOU 1956:25 Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk s. 276-277.

5. ABK 09 som framförhandlat standardavtal

5.1 Inledning

ABK 09 utgör allmänna bestämmelser för konsultuppdrag inom arkitekt- och ingenjörsvksamhet. Dessa villkor kan återopas för samtliga uppdrag inom olika teknikområden, och processens alla skeden. Bestämmelserna kan också användas vid andra typer av konsultuppdrag, här ingår bland annat utredning, projektledning etcetera.¹⁷⁴ Den som ska utföra uppdraget enligt ABK 09 kallas för konsult.¹⁷⁵ För att ABK 09 ska gälla i ett uppdrag, kräver detta att parternas överenskommelse innehåller en hänvisning till ABK 09.¹⁷⁶ Standardvillkoren effektiviserar processen av anbudslämnande och främjar skapandet av lönsamma rutiner och system.¹⁷⁷

Då projekt och uppdrag som sker inom samhällsbyggnad ofta är tidskrävande och komplexa, samt innebär omfattande investeringar och risker, bidrar utformningen av standardavtal till att fler anbudsgivare kan konkurrera om de olika uppdragen. En utökad konkurrens gynnar både konsulter och beställare.¹⁷⁸ Vid tillämpande av ABK 09 gynnas samhällsekonomin och innovationen för samtliga aktörer.¹⁷⁹ Om alla parter utformade sina egna mallar för avtal, finns en risk att arbetet med anbuden skulle bli alltför betungande samt att juristkompetens troligen skulle krävas.

Genom ABK 09 kan i princip alla leverantörer på marknaden förutse de risker, möjligheter samt förpliktelser som ett uppdrag kommer att innebära. Därmed minskas även transaktionskostnaderna genom standardavtalen. Utformningen av bestämmelserna motiveras av att upprätthålla en väl avvägd balans mellan skyldigheter och rättigheter. Användningen av standardavtal bidrar också till ökad förutsägbarhet angående tolkning och tillämpning av de olika reglerna, vilket resulterar i ett minskat antal tvister.¹⁸⁰

5.2 Reglering av upphovsrätten i ABK 09

Eftersom hanteringen av immaterialrättsliga frågor ofta är komplicerad kan det vara gynnsamt att använda sig av tidigare framförhandlade avtalslösningar.¹⁸¹ Rätten till uppdragsresultatet regleras i 7 kap Rätt till uppdragsre-

¹⁷⁴ ABK 09, Byggherrarna, senast uppdaterad 2021-10-26.

¹⁷⁵ Se exempelvis 2 kap 1 § ABK 09.

¹⁷⁶ Dahlberg och Rosenqvist (2022) s. 16.

¹⁷⁷ *Handledning för konsulter på den offentliga marknaden*, Innovationsföretagen s. 7.

¹⁷⁸ Dahlberg och Rosenqvist (2022) s. 12.

¹⁷⁹ *Handledning för konsulter på den offentliga marknaden*, Innovationsföretagen s. 28.

¹⁸⁰ Dahlberg och Rosenqvist (2022) s. 12-13.

¹⁸¹ Hausel Heldahl och Wainikka (2022) s. 146.

sultatet i ABK 09.¹⁸² Här anges att beställaren som huvudregel har rätt att använda samt kopiera uppdragsresultatet endast i enlighet med det åsyftade ändamålet med upphandlingen.¹⁸³ Detta innebär att beställaren har en nyttjanderätt. Beställaren får emellertid inte använda uppdragsresultatet för annat ändamål utan medgivande av konsulten.¹⁸⁴

Parterna i fråga ska ange uppdragets ändamål i avtalet. Begränsningen av nyttjanderätten avser uppdragsresultatet i stort, beställaren får emellertid oftast, utöver det avtalade uppdraget, använda enskilda redovisade lösningar från uppdragsresultatet. Detta förutsätter dock att hänsyn tas till upphovsrätt och andra immateriella rättigheter.¹⁸⁵ Uppdragsresultatet är det som konsulten enligt uppdragsavtalet och eventuella senare överenskommelser ska ta fram samt leverera till beställaren. Till grund för sitt arbete använder konsulten redan existerande material som är företagsinternt som antingen tagits fram i tidigare uppdrag eller utanför uppdrag. Materialet innehåller ofta konsultens samlade erfarenheter och know how, som beställaren vill dra nytta av.¹⁸⁶

Genom bestämmelsen i 7 kap 1 § ABK 09 ges beställaren möjlighet att använda resultatet i fråga, medan konsulten tillåts fortsatt använda sina erfarenheter i vidareutvecklingen av affärer och teknik. Detta är betydelsefullt då konsultföretagen i stor omfattning erhåller och vidareutvecklar kunskap genom erfarenheter från olika uppdrag. Erfarenheter och kunskaper som erhålls från ett uppdrag är sedan till grund för nästkommande uppdrag.¹⁸⁷ 7 kap 2 § ABK 09 innehåller en bestämmelse som innebär att den som efter avslutat uppdrag, antingen ägare eller brukare, som vill ändra objektet eller på annat sätt vidta åtgärd för förvaltningen av objektet, får använda resultatet i sådant syfte utan konsultens medgivande och utan att betala ersättning. Till detta tillkommer att konsultens intressen ska beaktas och konsulten ska namnges i enlighet med god sed.¹⁸⁸

7 kap 3 § ABK 09 anger att beställaren i fråga ska skydda uppdragsresultatet från otillbörlig spridning och kopiering.¹⁸⁹ Av 7 kap 7 § ABK 09 framgår att beställaren inte får överlåta nyttjanderätten eller övriga rättigheter till uppdragsresultatet till någon annan, om inte avtalsenlig betalning skett till kon-

¹⁸² 7 kap ABK 09 Rätt till uppdragsresultatet.

¹⁸³ 7 kap 1 § ABK 09.

¹⁸⁴ Dahlberg och Rosenqvist (2022) s. 122.

¹⁸⁵ Kommentar till 7 kap 1 § ABK 09.

¹⁸⁶ Dahlberg och Rosenqvist (2022) s. 122-123.

¹⁸⁷ *Handledning för konsulter på den offentliga marknaden*, Innovationsföretagen s. 29

¹⁸⁸ 7 kap 2 § ABK 09.

¹⁸⁹ 7 kap 3 § ABK 09.

sulten eller om godtagbar säkerhet har ställts.¹⁹⁰ Denna bestämmelse avser därmed överlåtelse av rättigheterna till uppdragsresultatet. Denna bestämmelse gäller oavsett huruvida uppdragsresultatet erhåller upphovsrättsligt skydd eller inte.¹⁹¹

5.3 Avvikelser från den upphovsrättsliga regleringen i ABK 09

Som tidigare framgått är ABK 09 ett framförhandlat standardavtal som syftar till att tillfredsställa både beställarnas och konsulternas intressen och kompromisser har därmed gjorts hos samtliga avtalsparter vid standardavtalets utformning. Mot bakgrund av detta bör det undvikas att man gör avsteg från bestämmelserna i ABK 09. Genom att göra sådana avsteg bortser man från karaktären av standardavtal som ABK 09 utgör¹⁹² och riskerar leda till att balansen som avtalen når i sin helhet rubbas. Här tillkommer risken att de avvikelser som görs inte är av samma juridiska korrekthet som i de framförhandlade avtalen¹⁹³, särskilt med tanke på att dessa avvikelser ofta görs av aktörer som saknar tillräcklig kompetens på området.¹⁹⁴

När det gäller avsteg från ABK 09 är det viktigt att hålla i åtanke att dessa standardiserade villkor främjar minskandet av transaktionskostnader och ökar konkurrensen. Dessutom gör ABK 09 det möjligt för konsulter att lämna anbud i flera upphandlingar samt arbeta med utökat antal beställare i olika projekt. Vid eventuella avsteg från ABK 09 bör det föras analys kring vad sådana avsteg kan leda till för konsekvenser. Detta kan exempelvis ske genom att man kontakter konsulter för att få en bättre uppfattning om hur dessa avsteg uppfattas. Avsteg riskerar dessutom leda till missuppfattningar och tolkingsproblem samt minskad effektivitet och merkostnader. Det kan också resultera i att konsulter avstår från att överhuvudtaget lämna något anbud.¹⁹⁵

Då regleringarna i ABK 09 ofta blir en vana för de olika medarbetarna att arbeta utifrån, blir avstegen ofta effektlösa och tillämpas inte i praktiken. Avsteg kan dessutom leda till att det blir svårt för konsulten att veta vad som egentligen gäller. Konsekvenserna av avstegen kan visa sig på olika sätt, exempelvis genom att konsulterna föredrar att arbeta i andra projekt, vilket leder till att beställaren får en sämre konkurrensutsättning och därmed missar potentiellt bättre lämpade leverantörer.¹⁹⁶ Då både syftet och konsekvenserna med avstegen ofta är oklara, innebär avvikelserna en ökad risk för

¹⁹⁰ 7 kap 7 § ABK 09.

¹⁹¹ Kommentrar till 7 kap 7 § ABK 09.

¹⁹² *Frågor och svar vid förhandling av avtal- ABK 09*, Innovationsföretagen.

¹⁹³ Hausel Heldahl och Wainikka (2022) s. 148.

¹⁹⁴ *Ibid* s. 151.

¹⁹⁵ Dahlberg och Rosenqvist (2022) s. 19.

¹⁹⁶ *Ibid* s. 20-21.

missförstånd och tidskrävande diskussioner under tiden för uppdraget.¹⁹⁷ Avsteg innebär vidare en ökad risk för att någon av parterna i upphandlingen vill överpröva upphandlingen.¹⁹⁸ Som framgått innebär avsteg onekligen risker för båda parter.¹⁹⁹ Trots detta är ett vanligt förekommande problem att beställaren i upphandlingen vill göra omfattande avsteg från immaterialrättsskrivningen i ABK 09.²⁰⁰

Immaterialrätt i offentlig upphandling innehåller emellertid ett flertal exempel på hur skrivningar som innebär stora rättighetsförvärv vid offentlig upphandling kan se ut.²⁰¹ De angivna exemplen anses mot bakgrund av verkliga exempel ge läsaren en rättvisande bild av hur dessa skrivningar kan se ut i praktiken. Följande skrivningar innebär att beställaren förvärvar ensamrätt eller exklusiv äganderätt till uppdragsresultatet.

Följande exempel lyder

7.1 Såvida inte annat uttryckligen överenskommits i Avtalet ska Beställaren erhålla full och oinskränkt exklusiv äganderätt och andra rättigheter till Resultatet och alla delar av Resultatet.

7.2 Beställaren ska ha rätt att fritt utveckla och bearbeta samt att till annan upplåta och överlåta Resultatet eller delar därav. Leverantören har ej rätt att direkt eller indirekt på något sätt utnyttja eller exploatera Resultatet om ej skriftlig överenskommelse om sådant utnyttjande ingåtts med Beställaren.²⁰²

Något som är fördelaktigt med skrivningen är att den reglerar rätt till bearbetning samt vidareöverlåtelse i enlighet med 3 kap 28 § URL. Formuleringen riskerar dock leda till problem. Det faktum att skrivningen innebär att beställaren förvärvar samtliga förfoganderätter enligt 2 § URL innebär att beställaren i sin tur måste förvärva samtliga rättigheter av anställda och uppdragstagare, vilket tillhör det ovanliga.²⁰³

Skrivningen innebär dessutom att leverantören exkluderas från möjligheterna att i framtida uppdrag använda resultatet, utan uttrycklig överenskommelse.²⁰⁴ När det handlar om avsteg från ABK 09 bör man ha i åtanke att en stor fördel med att överhuvudtaget anlita en konsult är för beställaren att ta

¹⁹⁷ Dahlberg och Rosenqvist (2022) s. 21.

¹⁹⁸ *Handledning för konsulter på den offentliga marknaden*, Innovationsföretagen s. 7.

¹⁹⁹ Dahlberg och Rosenqvist (2022) s. 21.

²⁰⁰ *Handledning för konsulter på den offentliga marknaden*, Innovationsföretagen s. 6-7.

²⁰¹ Hausel Heldahl och Wainikka (2022) s. 159-160.

²⁰² Hausel Heldahl och Wainikka (2022) s. 159

²⁰³ Ibid s. 159.

²⁰⁴ Ibid s. 159.

del av konsultens kunskap och tidigare erfarenheter. Det skapas därmed ofta problem när beställaren föreskriver en exklusiv äganderätt som i exemplet ovan. Detta hindrar konsulten från att återanvända kunskapen eller erfarenheten i senare åtagna uppdrag. Det faktum att konsulterna ständigt behöver börja om från noll riskerar att bli onödigt kostnadsdrivande, och det blir beställarna som i slutändan får betala för detta. I sin tur leder förfarandet till att man går miste om bättre lösningar och innovation. Genom att kräva ensamrätt i situationer där detta inte är nödvändigt och därmed riskera att gå miste konsultens kunskap och erfarenheter, kan den generella utvecklingen begränsas.²⁰⁵

För att undvika risken att bli av med arbete som tagit år att ta fram riskerar denna typ av skrivningar dessutom leda till att konsulten tvingas välja en sämre lösning eftersom det blir praktiskt omöjligt för konsulten att leverera den bäst lämpade lösningen. På så sätt hämmar den här typen av förvärv utvecklingen och är till nackdel för hela samhällsbyggnadssektorn, en sektor som kräver förutsättningar som gynnar investeringar och satsningar på fortsatt utveckling och innovation.²⁰⁶

Enligt bestämmelserna i ABK 09 har beställaren ingen rätt att ta del av bakgrundmaterialet, men i de situationer avsteg gjorts har en del konflikter skapats även angående detta. I de fall konsulten går med på att införa den här typen av inskränkande avsteg från immaterialrättsskrivningarna kan det anses rimligt att konsulten fortsatt behåller en obegränsad nyttjanderätt till materialet. Detta eftersom konsulten behöver ha möjlighet att använda sina egna erfarenheter i framtida uppdrag samt för utvecklingen av konsultens verksamhet. Om ingen diskussion förs kring detta finns risken att det inte genomförs någon lämplig rättighetsfördelning mellan parterna.²⁰⁷

Ett annat exempel lyder

Nyttjanderätten till Leverantörens arbetsresultat tillkommer Beställaren utan att särskild ersättning därför utgår. Detta innebär bland annat att Beställaren med ensamrätt ekonomiskt förfogar över arbetsresultatet samt att Leverantören eller annan, inte utan Beställarens skriftliga medgivande har rätt att nyttja resultatet.²⁰⁸

²⁰⁵ *Handledning för konsulter på den offentliga marknaden*, Innovationsföretagen s. 28-29.

²⁰⁶ *Ibid* s. 29.

²⁰⁷ Dahlberg och Rosenqvist (2022) s. 123.

²⁰⁸ Hausel Heldahl och Wainikka (2022) s. 160.

Genom denna skrivning har beställaren rätt att nyttja resultatet. Emellertid framgår det en exklusivitet eftersom det framgår att leverantören inte behåller rätten att använda resultatet utan överenskommelse härom.²⁰⁹

Att förvärva en ensamrätt innebär generellt att förvärvaren har rätt att hindra andra från att utnyttja verket samt en rätt att föra talan mot den som gör intrång, inklusive den ursprunglige upphovsmannen.²¹⁰ Att använda skrivningen ovan vid offentlig upphandling innebär därmed att leverantören fortsättningsvis saknar möjlighet att fritt leverera den relevanta typen av lösningar,²¹¹ utan att först ha fått beställarens medgivande.²¹²

Utöver riskerna som nämns i anslutning till första exemplet, innebär denna typ av omfattande förvärv en risk för att företagets värde reduceras, då majoriteten av ett företags värde ofta baseras på kunskapsbaserade tillgångar.²¹³ Alltför omfattande och generella formuleringar kan bli särskilt skadliga då dessa är omöjliga att följa i praktiken. Dessa formuleringar riskerar att skada företagen som i upphandlingen inte haft tillräcklig kunskap i att undersöka vad dessa avtalsskrivningar skulle innebära för de immateriella rättigheterna i praktiken, medan de företag som ser riskerna kanske avstår från att lämna anbud överhuvudtaget.²¹⁴

Ett tredje exempel lyder

Köparen erhåller en full och oinskränkt äganderätt och övriga immateriella rättigheter inklusive nyttjanderätt till resultatet. Leverantören har inte utan köparens medgivande rätt att utnyttja resultatet i sin fortsatta verksamhet. Leverantören ska gentemot anlitad underkonsult göra förbehåll för köparens äganderätt till resultatet.²¹⁵

Även denna formulering innebär ett förvärv av samtliga rättigheter. En fördel med denna formulering är att den klargör för leverantörens ansvar att säkerställa rättigheter bakåt i tiden.²¹⁶ Upphovsrättigheter ofta är föremål för avtalskedjor, i de flesta fall görs inte en upphandling direkt från den upphovsrättsliga skaparen. För att den upphandlande myndigheten ska ha möj-

²⁰⁹ Hausel Heldahl och Wainikka (2022) s. 160.

²¹⁰ SOU 1956:25 Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk s. 277.

²¹¹ *Handledning för konsulter på den offentliga marknaden*, Innovationsföretagen s. 28.

²¹² Hausel Heldahl och Wainikka (2022) s. 160.

²¹³ *Ibid* s. 239-240.

²¹⁴ *Handledning för konsulter på den offentliga marknaden*, Innovationsföretagen s. 29

²¹⁵ Hausel Heldahl och Wainikka (2022) s. 160.

²¹⁶ *Ibid* s. 160.

lighet att förvärva en viss rättighet ska denna därmed vara täckt i hela avtalskedjan, inkluderat den fysiska personen som är skaparen.²¹⁷

En problematisk aspekt med skrivningen är att den inte inkluderar någon rätt att bearbeta.²¹⁸ 3 kap 28 § URL anger att om denna rätt inte uttryckligen avtalas, gäller att den som upphovsrätten överlåtits till inte får ändra verket.²¹⁹ Avsaknaden av en sådan reglering riskerar leda till att det levererade inte kan användas som planerat.²²⁰

Det är viktigt att komma ihåg att avsteg av den här typen riskerar att leda till missuppfattningar och tolkingsproblem samt minskad effektivitet och merkostnader. Det riskerar också resultera i att tänkbara anbudsgivare avstår från att överhuvudtaget lämna något anbud.²²¹ Eventuellt kan dessa kontraktsvillkor som gör avsteg från ABK 09 angripas på ett rättsligt stadiet om de bedöms strida mot LOU:s principer, här ingår bland annat proportionalitetsprincipen,²²² vilket ska behandlas vidare i analysen.

²¹⁷ Hausel Heldahl och Wainikka (2022) s. 154.

²¹⁸ Ibid s. 160.

²¹⁹ 3 kap 28 § URL.

²²⁰ Hausel Heldahl och Wainikka (2022) s. 160.

²²¹ Dahlberg och Rosenqvist (2022) s. 19.

²²² *Handledning för konsulter på den offentliga marknaden*, Innovationsföretagen s. 6-7.

6. Analys

I såväl ABK 09 som den upphovsrättsliga och upphandlingsrättsliga lagstiftningen genomförs avvägningar mellan olika intressen.²²³ I samtliga lagstiftningar ingår ett innovationsperspektiv²²⁴, inte minst finns ett stort intresse av att den offentliga upphandlingen bör utnyttjas för att på bästa sätt främja innovation. Genom upphandlande myndigheters köp av innovativa varor, byggtreprenader och tjänster främjas innovativa lösningar på samhällsproblem. Då detta främjar skapandet av nya idéer, gynnas ekonomisk, miljömässig och samhällelig nytta. Nya idéer resulterar i sin tur till nya innovativa varor och tjänster, vilket stimulerar hållbar ekonomisk tillväxt.²²⁵

Innovationsperspektivet är viktigt, då det främst är i relation till innovationer som företaget behöver använda immaterialrättigheterna som verktyg. Genom dessa kan företagen säkerställa att innovationen används på det sätt som var avsett.²²⁶ Medveten och genomtänkt hantering av immateriella tillgångar är av stor betydelse för att skapa förutsättningar för ett konkurrenskraftigt innovationsklimat och teknikutveckling. Det finns ett behov av att bibehålla balans mellan å ena sidan spridande av kunskap, som leder till innovationskraft och utveckling, å andra sidan krävs det skydd av för verksamheten viktiga delar som skapar förutsättningar för företaget att fortsatt investera i utveckling och därmed inte bör spridas.²²⁷

I följande analys diskuteras förhållandet mellan kontraktsvillkor som gör avsteg från ABK 09 och proportionalitetsprincipen i LOU,²²⁸ samt medföljande intresseavvägningar som detta aktualiserar. Den upphandlande myndigheten har relativt fria händer i sin utformning av krav, men utformningen ska ske med hänsyn till bland annat proportionalitetsprincipen.²²⁹ Som framgått ska en bedömning enligt proportionalitetsprincipen genomföras genom en strukturerad avvägning mellan olika motstående intressen.²³⁰ Som grundläggande EU-rättslig princip syftar proportionalitetsprincipen till att såväl främja den fria rörligheten inom EU som att gynna en effektiv konkur-

²²³ Se exempelvis prop. 1996/97:129 Ändringar i upphovsrättslagen s. 6, Kammarrätten i Stockholm mål nr 4846-09 s. 2, Dahlberg och Rosenqvist (2022) s. 13.

²²⁴ Se exempelvis prop. 1996/97:129 Ändringar i upphovsrättslagen s. 6, Upphandlingsdirektivet skäl 47, *Handledning för konsulter på den offentliga marknaden*, Innovationsföretagen s. 28.

²²⁵ Upphandlingsdirektivet skäl 47.

²²⁶ Wainikka (2018) s. 258-259.

²²⁷ *Handledning för konsulter på den offentliga marknaden*, Innovationsföretagen s. 28.

²²⁸ Ibid s. 6-7.

²²⁹ Kammarrätten i Stockholm mål nr 5451-12, dom meddelad 2012-10-29 s. 4.

²³⁰ Se exempelvis Kammarrätten i Göteborg mål nr 4475-07, dom meddelad 2007-11-01 och C-331/88 *The Queen mot Ministry of Agriculture, Fisheries and Food och Secretary of State for Health*, ex parte: Fedesa m.fl, EU:C:1990:391.

rens.²³¹ I relation till detta följer att en hög skyddsnivå hos upphovsrätten leder till ökad konkurrens och tillväxt.²³²

Huruvida ett kontraktsvillkor som innebär avsteg från bestämmelserna i ABK 09 strider mot proportionalitetsprincipen avgörs genom en bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet.²³³ Som framgått görs proportionalitetsbedömning ibland enligt tre EU-rättsliga rekvisit.²³⁴ Denna trestegsbedömning används inte konsekvent,²³⁵ men ska användas i arbetet för att i närmare detalj diskutera avstegens förenlighet med proportionalitetsprincipen. I rättspraxis där trestegsbedömningen inte används ligger likväl fokus på att kraven ska stå i rimlig proportion till de eftersträvade målen samt ha ett naturligt samband med och stå i proportion till behovet som avses tillgodoses.²³⁶

I första hand avser trestegsbedömningen att avgöra huruvida åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet.²³⁷ Här är det värt att nämna att det förvisso kan verka fördelaktigt att den upphandlande myndigheten erhåller upphovsrätten mot bakgrund av att myndigheten dels betalar för anförskaffandet, dels att ett förvärv av den typen skulle ge myndigheten fria händer i sin hantering av innovationen i fråga, vilket kanske är målet med upphandlingen. Detta riskerar dock medföra en rad problem.²³⁸

Mot bakgrund av lämpligheten bör man beakta att det finns ett stort intresse av att upphovsrätten tillhör den part som på bästa sätt kan utnyttja dem. Detta anses leda till de såväl samhällsekonomiskt som innovationsmässigt bästa effekterna.²³⁹ Det skulle eventuellt kunna anses lämpligt med ett avsteg från immaterialrättsskrivningen i ABK 09 i de fall det finns ett myndighets- eller samhällsintresse eller liknande som motiverar detta.²⁴⁰ Bortsett från den situationen verkar litteraturen överens om att det generellt sett är leverantören

²³¹ Lindahl Toftegaard (2022) s. 49-50.

²³² Infosoc-direktivet skäl 4.

²³³ Lindahl Toftegaard (2022) s. 58-59.

²³⁴ Se exempelvis Kammarrätten i Göteborg mål nr 4475-07, dom meddelad 2007-11-01 s. 4-5 och C-331/88 *The Queen mot Ministry of Agriculture, Fisheries and Food och Secretary of State for Health*, ex parte: Fedesa m.fl, EU:C:1990:391 p. 12.

²³⁵ Se exempelvis Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3309-13, dom meddelad 2013-10-31.

²³⁶ Se exempelvis Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3309-13, dom meddelad 2013-10-31 s. 2.

²³⁷ Se exempelvis Kammarrätten i Göteborg mål nr 4475-07 s. 4, dom meddelad 2007-11-01 och C-331/88 *The Queen mot Ministry of Agriculture, Fisheries and Food och Secretary of State for Health*, ex parte: Fedesa m.fl, EU:C:1990:391 p. 12.

²³⁸ Nedström (2018) s. 253.

²³⁹ *Handledning för konsulter på den offentliga marknaden*, Innovationsföretagen s. 29

²⁴⁰ Nedström (2018) s. 255.

som är bättre lämpad, i form av både ekonomiska incitament samt kompetens, att vidareutveckla en innovation och förvalta en upphovsrätt.²⁴¹ Detta till skillnad från upphandlande myndigheter som ofta saknar intresse, incitament och laglig kompetens att förvalta de immateriella rättigheterna och driva vidare utvecklingen på bästa sätt.²⁴²

Något annat som talar mot lämpligheten hos dessa förvärv är att många upphandlingar numera utformas närmast slentrianmässigt genom att den upphandlande myndigheten endast efterfrågar samma lösning som vid den senaste upphandlingen.²⁴³ Detta resulterar ofta i sämre avvägningar mellan olika intressen än vad lagstiftningen eftersträvar.²⁴⁴

Andra steget av en proportionalitetsbedömning avser huruvida åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet med upphandlingen. Vid denna bedömning undersöker man också om det föreligger mindre ingripande alternativ,²⁴⁵ och i så fall ska det minst betungande alternativet väljas.²⁴⁶ Ett förfarande kan i det individuella fallet bedömas som oproportionerligt om kraven som ställs är mer omfattande än vad som är nödvändigt och ändamålsenligt.²⁴⁷

Det är oklart vilka överväganden som leder till att det anses nödvändigt och lämpligt att genomföra den här typen av omfattande rättighetsförvärv.²⁴⁸ En potentiell möjlighet kan vara, som tidigare nämnts, att det från den upphandlande myndighetens sida skulle ge myndigheten frihet i sin hantering av innovationen.²⁴⁹ Ett mindre ingripande alternativ för den upphandlande myndigheten skulle exempelvis kunna vara att genom licensavtal förvärva tillstånd att utnyttja verket, där nyttjandet kan vara begränsat till ett visst syfte, alternativt endast får ske under vissa omständigheter.²⁵⁰ Genom en sådan begränsad överlåtelse har konsulten en fortsatt möjlighet²⁵¹ att överlå-

²⁴¹ Nedström (2018) s. 255.

²⁴² SOU 2010:56 Innovationsupphandling s. 248.

²⁴³ Ibid s. 16.

²⁴⁴ Wainikka (2008) s. 302.

²⁴⁵ Se exempelvis Kammarrätten i Göteborg mål nr 4475-07, dom meddelad 2007-11-01 s. 4 och C-331/88 *The Queen mot Ministry of Agriculture, Fisheries and Food och Secretary of State for Health*, ex parte: Fedesa m.fl, EU:C:1990:391 p. 13.

²⁴⁶ C-331/88 *The Queen mot Ministry of Agriculture, Fisheries and Food och Secretary of State for Health*, ex parte: Fedesa m.fl, EU:C:1990:391 p. 13.

²⁴⁷ Prop. 2006/07:128 Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster s. 132.

²⁴⁸ *Handledning för konsulter på den offentliga marknaden*, Innovationsföretagen s. 28.

²⁴⁹ Nedström (2018) s. 253.

²⁵⁰ Prop. 1996/97:129 Ändringar i upphovsrättslagen s. 10.

²⁵¹ SOU 1956:25 Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk s. 276.

ta delar av denna rätt till andra förvärvare.²⁵² Dessutom behåller konsulten rätten att fritt kunna skapa och vidareutveckla, utan att riskera göra intrång i andras rättigheter.²⁵³ Mot bakgrund av att avstegen som görs från bestämmelserna i ABK 09 ofta bli effektlösa i praktiken,²⁵⁴ kan man ifrågasätta nödvändigheten hos de avsteg som görs. I rättspraxis har krav ansetts strida mot proportionalitetsprincipen då det inte var tydligt i vilken utsträckning syftet med kravet blev uppfyllt.²⁵⁵

Avstegen som är i fokus för detta arbete riskerar resultera i såväl missuppfattningar som olika tolkingsproblem.²⁵⁶ Som framgått tillmäts vid bedömning om proportionalitet i LOU betydelse att kraven som ställs är både klara och lättförståeliga.²⁵⁷ Detta kan möjligen spela ännu större vikt vid avtal som avser upphovsrättsliga förvärv mot bakgrund av tolkningsprincipen som kallas specialitetsgrundsatsen eller specialitetsprincipen. Principen innebär att vid oklara eller omfattande rättighetsöverlåtelser ska tolkning ske med restriktiv inställning till upphovsmannens fördel.²⁵⁸ Avseende tolkningen av överlåtelseavtal bör en överlåtelse som genom ordalydelsen ger uttryck för ett omfattande rättighetsförvärv, främst tolkas på så sätt att rättighetsförvärvet endast tillåter en rätt att utnyttja verket på ett särskilt sätt.²⁵⁹

Det tredje och sista steget är att avgöra om kravets negativa effekt, på det intresse eller den rättighet som kravet inskränker, är oproportionerlig eller överdriven i jämförelse med det eftersträvade syftet.²⁶⁰ Innan man gör avsteg från huvudregeln i ABK 09 kan det vara nyttigt att ha i åtanke att bestämmelserna syftar att skapa en väl avvägd balans mellan olika intressen.²⁶¹

Av rättspraxis framgår att det faktum att ett kravs enda negativa effekt är ett visst merarbete av leverantören inte kan anses särskilt betungande och innebär inte att kravet är oproportionerligt i förhållande till det eftersträvade syftet.²⁶² Vidare finns ingen skyldighet för den upphandlande myndigheten att ta hänsyn till hur det uppställda kravet kan komma att påverka det enskilda

²⁵² SOU 1956:25 Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk s. 277.

²⁵³ Wainikka (2008) s. 298.

²⁵⁴ Dahlberg och Rosenqvist (2022) s. 20.

²⁵⁵ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3309-13, dom meddelad 2013-10-31 s. 3.

²⁵⁶ Dahlberg och Rosenqvist (2022) s. 19.

²⁵⁷ HFD 2016 ref. 37 s. 2.

²⁵⁸ Nordell (2008) s. 313.

²⁵⁹ SOU 1956:25 Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk s. 277.

²⁶⁰ Se exempelvis Kammarrätten i Göteborg mål nr 4475-07, dom meddelad 2007-11-01 s. 5 och C-331/88 *The Queen mot Ministry of Agriculture, Fisheries and Food och Secretary of State for Health*, ex parte: Fedesa m.fl., EU:C:1990:391 p. 12.

²⁶¹ Dahlberg och Rosenqvist (2022) s. 13.

²⁶² Kammarrätten i Göteborg mål nr 4475-07, dom meddelad 2007-11-01 s. 5.

företaget eller enskilda individer.²⁶³ Vid detta sista steg är det emellertid viktigt att ha i åtanke att omfattande rättighetsförvärv innebär ett flertal risker.²⁶⁴

Som tidigare framgått innebär huvudregeln i 7 kap 1 § ABK 09²⁶⁵ att beställaren har en nyttjanderätt och tillåts vidare inte använda uppdragsresultatet för annat ändamål utan att detta avtalats.²⁶⁶ Då beställaren frångår huvudregeln och istället kräver ensamrätt eller äganderätt till föremålet för upphandlingen, riskerar konsulten hindras från att fortsatt leverera föremålet.²⁶⁷ Till grund för arbetet i fråga föreligger av företaget framtaget material som innehåller konsultens samlade erfarenheter och know how, vilket är vad den upphandlande myndigheten genom upphandlingen vill dra nytta av.²⁶⁸ Erfarenheter och kunskaper från ett tidigare uppdrag utgör grunden för kommande uppdrag.²⁶⁹

När beställaren gör avsteg från huvudregeln och istället genomför omfattande upphovsrättsliga förvärv riskerar detta alltså innebära att konsulten ständigt behöver börja om på nytt. En sådan effekt leder till både ineffektivitet och ökad kostsamhet, och att man riskerar gå miste om bättre lösningar och ökad innovation, eftersom man inte får ta del av konsultens kunskap och erfarenheter. Dessa problem resulterar i att den generella utvecklingen hämmas.²⁷⁰

Det upphovsrättsliga skyddet är av särskilt stor samhällsekonomisk betydelse i dagens samhälle.²⁷¹ Den här typen av avsteg innebär därmed också en stor risk för företagen, bland annat genom att deras värde riskerar att reduceras.²⁷² Det kan också leda till att anbudsgivare ställer högre priser och att det sedan blir upp till den upphandlande myndigheten att driva frågor till domstol vid potentiellt immaterialrättsintrång.²⁷³

Mot bakgrund av nämnda risker kan kontraktsvillkoren som gör avsteg från ABK 09 leda till att olika potentiella anbudsgivare avstår från att överhu-

²⁶³ Kammarrätten i Göteborg mål nr 7554-13, dom meddelad 2014-02-27 2. 13.

²⁶⁴ Nedström (2018) s. 253.

²⁶⁵ 7 kap 1 § ABK 09.

²⁶⁶ Dahlberg och Rosenqvist (2022) s. 122.

²⁶⁷ *Handledning för konsulter på den offentliga marknaden*, Innovationsföretagen s. 28.

²⁶⁸ Dahlberg och Rosenqvist (2022) s. 122-123.

²⁶⁹ *Handledning för konsulter på den offentliga marknaden*, Innovationsföretagen s. 29

²⁷⁰ *Ibid* s. 28.

²⁷¹ Wainikka (2008) s. 301.

²⁷² Hausel Heldahl och Wainikka (2022) s. 239-240.

²⁷³ *Ibid* s. 30.

vudtaget lämna något anbud.²⁷⁴ Detta leder i sin tur också till att man riskerar gå miste innovation, eftersom man inte får ta del av konsultens kunskap och erfarenheter, vilket har en negativ inverkan på hela utvecklingen.²⁷⁵ Det är mot bakgrund av risken för dessa konsekvenser, som många gånger är i omfattande storlek, som man bör se över proportionaliteten hos dessa förvärv.²⁷⁶

²⁷⁴ Hausel Heldahl och Wainikka (2022) s. 30.

²⁷⁵ *Handledning för konsulter på den offentliga marknaden*, Innovationsföretagen s. 28.

²⁷⁶ *Ibid* s. 6-7.

7. Avslutande reflektioner

Under arbetets gång har det varit tydligt att det råder oklarhet kring vad som gäller på det aktuella området, hos såväl upphandlande myndighet som hos konsult. Detta har inte minst framgått av de jurister i branschen som jag varit i kontakt med under arbetets gång. De huvudsakliga reflektionerna som återstår är bland annat att det, för att kunna genomföra en ordentlig proportionalitetsbedömning, behövs forskning som klargör för de faktiska riskerna med denna typen av avsteg från immaterialrättsskrivningen i ABK 09. Forskningen bör avse såväl de kortsiktiga som de långsiktiga konsekvenserna med förfarandet. Utöver det skulle det vara intressant att veta varför nuvarande trend ser ut som den gör. En fråga som uppstått under arbetets gång är vad det är som gör att upphandlande myndigheter anser att denna typ av upphovsrättsliga förvärv är lämpliga. Mot bakgrund av det stora antalet upphandlingar som innehåller denna typ av omfattande förvärv bör just den bakomliggande anledningen till nuvarande trend också bli föremål för vidare forskning.

Fokus för arbetet har varit att belysa de risker som avstegen från immaterialrättsskrivningen i ABK 09 innebär, på ett samhällsligt plan med ett innovationsperspektiv i centrum. Bristen på tidigare forskning och praxis har inneburit att det inte varit ett helt okomplicerat arbete att inhämta relevant information. Genom att fokusera på de olika intressen som finns bakom de relevanta lagstiftningarna, i relation till proportionalitetsprincipen utformning och tillämpning, har arbetet syftat att ge vägledning i huruvida dessa kontraktsvillkor är förenliga med principen.

Här är det viktigt att än en gång belysa att en proportionalitetsprincip innebär en bedömning av de relevanta omständigheterna i det aktuella fallet och det går därmed inte att ge ett bestämt svar på huruvida kontraktsvillkor som gör avsteg från immaterialrättsskrivningen ABK 09 generellt strider mot proportionalitetsprincipen i LOU. Det är inte omöjligt att det potentiellt finns individuella fall där omfattande upphovsrättsliga förvärv, som innebär ensamrätt eller exklusiv äganderätt till uppdragsresultatet, anses både lämpligt och nödvändigt och därmed överensstämmer med proportionalitetsprincipen i LOU. Mot bakgrund av det höga antalet av denna typen av förvärv, framstår det dock osannolikt att samtliga är förenliga med nämnd princip. Som också framgått under arbetets gång blir dessa kontraktsvillkor ofta effektlösa i praktiken, vilket såklart skapar ett ifrågasättande av nödvändigheten hos dem.

Det är både oroväckande och intressant att se att upphandlande myndigheter kommer undan med den här typen av omfattande upphovsrättsliga förvärv. Enligt de jurister som jag varit i kontakt med under arbetets gång beror detta troligtvis beror på okunskap hos samtliga parter i upphandlingen. Det som ändå förvånar mig är hur aktörer på beställarsidan, inklusive chefsjurister

och andra med juridisk expertis, gör dessa avsteg i en sådan stor omfattning utan att ta hänsyn till riskerna med förfarandet. Det är möjligt att vi tittar på en föreliggande trend, där vi kan se att beställare, mot bakgrund av okunskap, inte vågar göra annorlunda än sina branschkollegor och därmed felaktigt tror att avsteg som innebär upphovsrättslig ensamrätt eller exklusiv äganderätt till uppdragsresultatet förvärv är det mest lämpliga. Arbetet visar att det krävs större kompetens på inte minst det upphovsrättsliga området. Det finns till synes en rädsla att man ska genomföra en upphandling men sakna rätten till uppdragsresultatet. Mot bakgrund av denna rädsla anses det ”lika bra” att kräva hela rätten på en gång, utan att hänsyn tas till riskerna som det innebär.

I analysen presenterades trestegsbedömningen för att i närmare detalj diskutera huruvida dessa avsteg är förenliga med proportionalitetsprincipen i LOU. Som framgått av arbetet är samtliga tre steg i bedömningen av relevans. Mot bakgrund av okunskapen som verkar råda på området är min reflektion att det möjligen är steg tre som i störst utsträckning bör vara föremål för utvärdering i förhållande till den här typen av omfattande upphovsrättsliga förvärv i offentliga upphandlingar.

Detta steg handlar om huruvida kravets negativa effekt, på intresset eller rättigheten som kravet inskränker, är oproportionerlig eller överdriven i jämförelse med det eftersträvade syftet.²⁷⁷ Här är det tydligt att det inte endast råder okunskap kring potentiella avstegs juridiska korrekthet, utan också kring deras konsekvenser, såväl kortsiktiga som långsiktiga. Bland de kortsiktiga konsekvenserna ingår exempelvis risken att konsulter avstår från att lämna anbud eller att man riskerar göra intrång i annans rättigheter. Bland de långsiktiga ingår bland annat negativa effekter på innovation och ekonomisk tillväxt. Fokus för arbetet har varit de långsiktiga konsekvenserna med ett innovationsperspektiv i centrum. Det finns möjligtvis en idé av att denna typ av omfattande upphovsrättsliga förvärv är både lämpliga och nödvändiga, annars hade det förmodligen inte skett i den utsträckning som det sker. Det blir därmed högst relevant att fråga sig huruvida de fördelar som kan komma att vinnas med förfarandet står i proportion till nackdelarna.

Som framgått av arbetet finns risker med den här typen av förfarande som kan innebära konsekvenser för långt fler än endast parterna i upphandlingen. Hos såväl URL, LOU och ABK 09 har lagstiftaren genomfört en rad intresseavvägningar. Alla tre, inte minst URL och LOU, kan på ett eller annat sätt fungera som instrument att främja innovation på, och i sin tur den ekonomiska tillväxten. Detta är i slutändan till gagn för hela samhället.

²⁷⁷ Se exempelvis kapitel 3.3., Kammarrätten i Göteborg mål nr 4475-07, dom meddelad 2007-11-01 s. 5 och C-331/88 *The Queen mot Ministry of Agriculture, Fisheries and Food och Secretary of State for Health*, ex parte: Fedesa m.fl, EU:C:1990:391 p. 12.

Mot bakgrund av det stora antalet upphandlingar som numera genomför den här typen av förvärv bör riskerna med dessa avsteg belysas ytterligare. Baserat på vad som framkommit under arbetets gång finns nog inte bara ett behov av generell kompetens på området, utan det krävs också ordentlig forskning på vilka konsekvenser förfarandet riskerar få för samhället i stort. Kanske skulle sådan forskning skapa ett skifte i vad som anses proportionerligt vid upphovsrättsliga förvärv i offentliga upphandlingar.

Utöver närmare forskning på kravens juridiska korrekthet och effekter, vore det intressant att se vad som har lett till denna utveckling. Detta är särskilt intressant mot bakgrund av att hela samhället riskera drabbas av dess långsiktiga konsekvenser. Genom Hausel Heldahl och Wainikkas bok *Immateri- alrätt i Offentlig Upphandling* som blev utgiven förra året, är en förhoppning att det ska väckas diskussion på området. Det ska bli spännande att följa utvecklingen.

Källförteckning

Tryckta källor

Offentligt tryck

Sverige

- Dir. 2008/37 Översyn av vissa frågor om upphovsrätt.
- Ds. 2007:29 Musik och film på Internet- hot eller möjlighet?
- Prop. 1996/97:129 Ändringar i upphovsrättslagen.
- Prop. 2006/07:128 Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.
- Prop. 2009/10:180 Nya rättsmedel på upphandlingsområdet.
- Prop. 2015/16 Nytt regelverk om upphandling.
- Prop. 2021/22:5 Ett förenklat upphandlingsregelverk.
- SOU 1956:25 Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk.
- SOU 2005:22 Nya upphandlingsregler.
- SOU 2010:56 Innovationsupphandling.

EU

- Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (EGT L 167, 22.6.2001, s. 10-19).
- Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 30.4.2004, s. 114-240).
- Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 28.3.2014, s. 65-242).
- Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/790 av den 17 april 2019 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre mark-

naden och om ändring av direktivet 96/9/EG och 2001/29/EG (EUT L 130, 17.5.2019, s. 92-125).

- Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt.
- Meddelande från Kommissionen, Europa 2020- En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla, Europeiska kommissionen, KOM (2010) 2020 slutlig, Europeiska Kommissionen Bryssel 2010-03-03.
- Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén och regionkommittén. Inre marknadsakten- tolv åtgärder för att stimulera tillväxten och stärka förtroendet för den inre marknaden. ”Gemensamma insatser för att skapa ny tillväxt”.

Övrigt

- Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk.

Litteratur

- Andersson, Fredrik, *Konkurrens och offentlig upphandling*, Uppdragsforskningsrapport 2020:2, Konkurrensverket.
- Croon, Adam, *Sedvanerätten och rättskälreläran- ett rättshistoriskt perspektiv på frågan om relationen mellan tolkning och tillämpning av normer som härrör ur privat rättsbildning*, SvJT s. 116.
- Dahlberg, Helena och Rosenqvist, Henrik, *ABK 09 i praktiken*, Svensk Byggtjänst, 2022.
- Dahlman, Christian, *Rätt och rättfärdigande- en tematisk introduktion i allmän rättslära*, Studentlitteratur, Upplaga 2:4, 2010
- Edquist, Charles, *Funktionsupphandling för innovation, välfärd och miljö*, Uppdragsforskningsrapport 2019:2, Konkurrensverket
- Hausel Heldahl, Ellen och Wainikka, Christina, *Immaterialrätt i offentlig upphandling: Teori och praktik*, Norstedts Juridik, 2022.
- Hettne, Jörgen, Otken Eriksson, Ida, *EU-rättslig metod: teori och genomslag svensk rättstillämpning*, Norstedts Juridik, upplaga 2, 2011.

- Karnell, Gunnar, *Upphovsrätten som kulturfaktor*, Nordiskt Immateriellt rättsskydd, häfte 4, 2001, s. 654.
- Lindahl Toftegaard, Eva, *Offentlig upphandling- LOU och upphandlingsprocessen*, upplaga 3:1, Studentlitteratur, 2022.
- Maunsbach, Ulf, Wennersten, Ulrika, *Grundläggande immaterialrätt*, Gleerups Utbildning AB, upplaga 4, 2018.
- Nedström, Magnus, *Innovationer, upphandling och ensamrätter*, Upphandlingsrättslig Tidskrift, häfte 4, 2018 s. 249
- Nordell, Per Jonas, *Tolkningsprinciper i upphovsrättsavtal*, Nordiskt Immateriellt rättsskydd häfte, häfte 4, 2008, s. 307.
- Olsen, Lena, *Rättsvetenskapliga perspektiv*, SvJT 2004 s. 105.
- Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder- en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, fjärde upplagan, Jure, 2017.
- Rosas, Allan, *Upphovsrätten som utmaning för EU-domstolen*, Nordiskt Immateriellt Rättsskydd, häfte 1, 2020 s. 51.
- Samuelsson, Bo, *ABK 09 nya Allmänna Bestämmelser för Konsultuppdrag*, AMA-nytt, häfte 1, 2010, s. 14.
- Stenvall, Wilhelm, *Upphovsrätt och yttrande- och informationsfrihet vid nyhetsrapportering*, SvJT 2021 s. 122.
- Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling- primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, Jure, 2012.
- Wainikka, Christina, *För vem behövs upphovsrätten?*, Nordiskt Immateriellt rättsskydd, häfte 3, 2008 s. 293.
- Wainikka, Christina, *Debatt. Krafttag för de kunskapsbaserade tillgångarna!*, Nordiskt Immateriellt rättsskydd, häfte 2, 2018 s. 255.

Elektroniska källor

- *ABK 09*, Byggherrarna, senast uppdaterad 2021-10-26.

Tillgänglig: <<https://www.byggherre.se/avtal-och-juridik/standardavtal/abk-09>>, besökt 2023-04-12.

- *Att främja nytänkande- vägledning för innovationsvänlig upphandling*, Kammarkollegiet Upphandlingsstödet, 2012:2

Tillgänglig: <<http://mb.cision.com/Public/1534/9329441/b94e-e294744e9a22.pdf>>, besökt 2023-04-23.

- *Frågor och svar vid förhandling av avtal- ABK 09*, Innovationsföretagen, Almega.

Tillgänglig: <<https://www.innovationsforetagen.se/standardavtal-och-mallar/arkitekter-och-byggteknikkonsulter/fragor-och-svar-vid-forhandling-av-avtal-abk-09/>>, besökt 2023-02-18.

- *Handledning för konsulter på den offentliga marknaden*, Innovationsföretagen, Almega.

Tillgänglig: <<https://www.almega.se/app/uploads/sites/6/2020/09/handledning-for-konsulter-pa-den-offentliga-marknaden.pdf>>, besökt 2023-02-16.

- *LOU i korthet*, Konkurrensverket.

Tillgänglig: <<https://www.konkurrensverket.se/upphandling/lagar-och-regler/lou-i-korthet/>>, besökt 2023-03-11.

- Nord, Eskil, Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, kommentaren till 19 kap 9 §, Karnov, besökt 2023-03-22.

- Olin, Anders, Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, kommentarer till 1 kap 3 § och 3 kap 27 §, Lexino, senast genomgången 2023-01-01, besökt 2023-03-15.

- *Offentlig upphandling*, Regeringskansliet.

Tillgänglig <<https://www.regeringen.se/regeringens-politik/offentlig-upphandling/>>, besökt 2023-02-06.

- *Om offentlig upphandling*, Upphandlingsmyndigheten.

Tillgänglig: <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/om-offentlig-upphandling/#ska_varna_om_skattemedlen_och_sakra_sund_konkurrens>, besökt 2023-01-30.

- *Vi skapar möjligheterna*, Innovationsföretagen, Almega.

Tillgänglig: <<https://www.innovationsforetagen.se>>, besökt 2023-04-23.

- *Vilka ska upphandla*, Upphandlingsmyndigheten.

Tillgänglig: <<https://www.upphandlingsmyndigheten.se/regler-och-lagstiftning/vilka-ska-upphandla/>>, besökt 2023-03-07.

Rättsfallsförteckning

Sverige

Högsta förvaltningsdomstolen

- HFD 2016 ref. 37.
- HFD 2018 ref. 60.

Kammarrätt

- Kammarrätten i Göteborg mål nr 4475-07, dom meddelad 2007-11-01.
- Kammarrätten i Stockholm mål nr 4846-09, dom meddelad 2009-10-27.
- Kammarrätten i Stockholm mål nr 5451-12, dom meddelad 2012-10-29.
- Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3309-13, dom meddelad 2013-10-31.
- Kammarrätten i Göteborg mål nr 7554-13, dom meddelad 2014-02-27.

Regeringsrätt

- RÅ 2002 ref 50, dom meddelad 2002-06-13.

Patent- och marknadsdomstolen

- PMD, mål B 7348-20, dom meddelad 2010-10-09.

EU

EU-domstolen

- C-331/88 The Queen mot Ministry of Agriculture, Fisheries and Food och Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa m.fl, EU:C:1990:391

- C-305/08 Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) mot Regione Marche ECLI:EU:C:2009:807.